

المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية

المجلد الواحد والثلاثون

الفتوى والتقنين

إعداد

إدارة الأبحاث والدراسات الإفتائية

الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم

تقديم

فضيلة الأستاذ الدكتور

شوقي إبراهيم علام

١٤٤٤هـ/ ٢٠٢٢م

الطبعة الأولى
رقم الإيداع: ١٦١٨٧/ ٢٠٢٢م
الترقيم الدولي: ٨ - ٦٣ - ٦٧٢٥ - ٩٧٧ - ٩٧٨


بسم الله الرحمن الرحيم

المحتويات

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنَّ الفتوى في الإسلام لها شأنٌ عظيمٌ؛ إذ المفتي مبلِّغ عن الله تعالى، وقائم مقام النبي صلى الله عليه وسلم، ومؤدٍّ وظيفةً دينيةً غايةً في الأهمية والخطورة؛ فالإفتاء يُنزِّل أحكامَ الشرع الشريف على الحوادث والوقائع والنوازل، فيربط أحكام الشريعة بحياة الناس وواقعهم، ويمثل المرآة الحقيقية لما عليه الأفراد والمجتمعات والدول.

وقد ارتبط الإفتاء منذ فجر التاريخ الإسلامي بالقضاء؛ حيث كان النبيُّ صلى الله عليه وسلم يقوم بالمهمتين معًا باعتباره عليه الصلاة والسلام نبيًّا ورسولًا يرجع في كل أقواله وأفعاله وتصرفاته التشريعية إلى الوحي.

كما كان صلى الله عليه وسلم يرسل أصحابه إلى الأنحاء قضاةً ومفتين ومعلمين، كما أرسل معاذ بن جبل رضي الله عنه إلى اليمن، وقال له: **((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا آلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ))**[1].

غير أنَّ الإفتاء كان في أغلبه تطوعيًّا يقوم به الفقهاء في كل عصرٍ ومصرٍ لبيان الحكم الشرعي لمن سأل عنه، بخلاف القضاء الذي كان منذ بداياته وظيفةً تسند لمن هو أهلٌ لها من قِبَل ولي الأمر، وما إرسالُ النبي صلى الله عليه وسلم معاذًا إلى اليمن إلا من هذا القبيل، وكذلك فَعَلَ الخلفاءُ الراشدون من بعده، واستمرَّ الأمر على ذلك إلى يومنا هذا.

لكن رغم أنَّ الإفتاء كان تطوعيًّا إلا أنه مع تزايد الاهتمام به في العصر الأيوبي والمملوكي بدأ الاتجاه لتخصيص مُرتَّب لبعض من يُختار للإفتاء، ولكن بصورة غير رسمية، ثم تحوَّل الأمرُ في منتصف القرن الثامن الهجري إلى أنْ صار هناك وظيفة رسمية للإفتاء يقوم بها موظف رسمي في الدولة فيما عرف بمفتي دار العدل، مع استمرار الإفتاء التطوعي أيضًا[2].

---

(١) رواه أبو داود في الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم (٣٥٩٢) بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ط. دار الفكر، بدون تاريخ، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم (١٣٢٧) بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأولى ١٣٨٢هـ/ ١٩٦٢م، وأحمد في مسنده (٥/ ٢٣٠، ٢٣٦، ٢٤٢) ط. مؤسسة قرطبة بالقاهرة، بدون تاريخ.

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية، إعداد إدارة الأبحاث والدراسات الإفتائية بالأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، بتقديم الدكتور/ شوقي إبراهيم علام مفتي الديار المصرية (١/ ١٣٤- ١٣٧، ٢/ ٥٠- ٥٣) طبع الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم ١٤٤٢هـ/ ٢٠٢١م.

وقد ارتبط الإفتاءُ منذ تحوله إلى وظيفةٍ رسميةٍ بالنظام القضائي؛ حيث كانت هناك أربع وظائف للإفتاء في دار العدل تمثل المذاهب الفقهية الأربعة الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، وكان قاضي قضاة كل مذهب هو الذي يختار مفتي المذهب، ويعرضه على السلطان ليعيِّنه[١].

وفي ظل الخلافة العثمانية كان هناك مفتون رسميون كذلك، فقد كان في مصر منصب رسمي للإفتاء، وهو "مفتي السلطنة العثمانية الشريفة بالديار المصرية"، ثم في عهد محمد علي باشا أطلق عليه "مفتي أفندي مصر"، إلى أن تغير إلى "مفتي الديار المصرية". واستقر منصب الإفتاء في مصر في دار الإفتاء المصرية منذ إنشائها (بحسب ما وجد بسجلات المفتين) سنة ١٨٩٥م/ ١٣١٣هـ، وظلَّ يتبع من الناحية الإدارية وزارة العدل التي كانت تسمى بنظارة الحقانية في ذلك الوقت[٢].

والإفتاء والقضاء صِنْوان، كلٌّ منهما إخبارٌ عن حكم الشرع، مبني على إعمال النظر في الوقائعِ الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف، كذلك يشتركان في المجال، ثم ينفرد الإفتاء بمجال يخصُّه.

وكلٌّ منهما تطبيقٌ عمليٌّ وواقعيٌّ لأحكام الشريعة؛ حيث يفتي المفتي حسب ما ترجَّح لديه من المذاهب والأقوال بعدما يدرك الواقع إدراكًا كاملًا؛ لتنزيل الحكم الشرعي عليه بما يناسب الأشخاص والأحوال والزمان والمكان، مراعيًا العديدَ من الضوابطِ التي من شأنها أن تحققَ المصالحَ العامَّة والخاصَّة في الحال والمآل.

كذلك فإنَّ القاضي يقضي بالحق ملتزمًا بما ألزمه به وليُّ الأمر من خلال التقنين الذي يضمن تحقيق العدل والمساواة بين الناس، مع مراعاة مبادئ العدالة وقواعد القضاء ونظرياته.

ولذلك فإنَّ بين التقنين -الذي يعتبر أحد الأسس التي يقوم عليها القضاء- وبين الفتوى صلةً وثقى وارتباطًا كبيرًا، ومن هنا جاءت أهمية الكلام عن الفتوى والتقنين.

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٠/ ٢٤، ٢/ ٥٤، ٥٥).

(٢) راجع: الإفتاء حقيقته وآدابه ومراحله للدكتور/ علي جمعة ص(٥٣- ٦٠) بحث بمؤتمر "الفتوى وضوابطها" بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، والمعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١/ ١٣٤- ١٣٧، ٢/ ٥٠- ٥٣).

خطة الدراسة:

- تتكوَّن هذه الدراسة بعد هذه المقدمة من ثلاثة فصول، وخاتمة:
- الفصل الأول: الفتوى.
- ويشمل ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: التعريف بالفتوى والإفتاء.
- المبحث الثاني: أهمية الفتوى وخطورتها.
- المبحث الثالث: الإفتاء الجماعي والمؤسسات الإفتائية.
- الفصل الثاني: التقنين.
- ويشمل عشرة مباحث:
- المبحث الأول: تعريف التقنين.
- المبحث الثاني: نطاق التقنين.
- المبحث الثالث: مصدر التقنين.
- المبحث الرابع: أهمية التقنين.
- المبحث الخامس: تاريخ التقنين.
- المبحث السادس: ضرورة التقنين.
- وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: طاعة ولي الأمر.
- المطلب الثاني: سلطة ولي الأمر في رفع الخلاف.
- المطلب الثالث: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح.
- المبحث السابع: شبهات المعارضين للتقنين ومناقشتها.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: شبهات المعارضين للتقنين.
- المطلب الثاني: مناقشة شبهات المعارضين للتقنين والرد عليها.
- المبحث الثامن: محاذير التقنين وإمكانية تلافيها.

- المبحث التاسع: صياغة التقنين.
- المبحث العاشر: التقنين المصري ومدى موافقته للشريعة الإسلامية.
- الفصل الثالث: العلاقة بين الفتوى والتقنين.
- ويشمل تمهيدًا وثمانية مباحث:
- تمهيد: الفرق بين الإفتاء والقضاء والعلاقة بينهما.
- وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: الفرق بين الإفتاء والقضاء.
- المطلب الثاني: العلاقة بين الإفتاء والقضاء.

المبحث الأول: تنظيم القانون وتشريعاته للفتوى والمؤسسات الإفتائية.

المبحث الثاني: دور المؤسسات الإفتائية في دعم سيادة القانون واحترامه.

المبحث الثالث: دور المؤسسات الإفتائية في التأصيل الشرعي للقوانين.

المبحث الرابع: دور المؤسسات الإفتائية في عملية الإصلاح التشريعي.

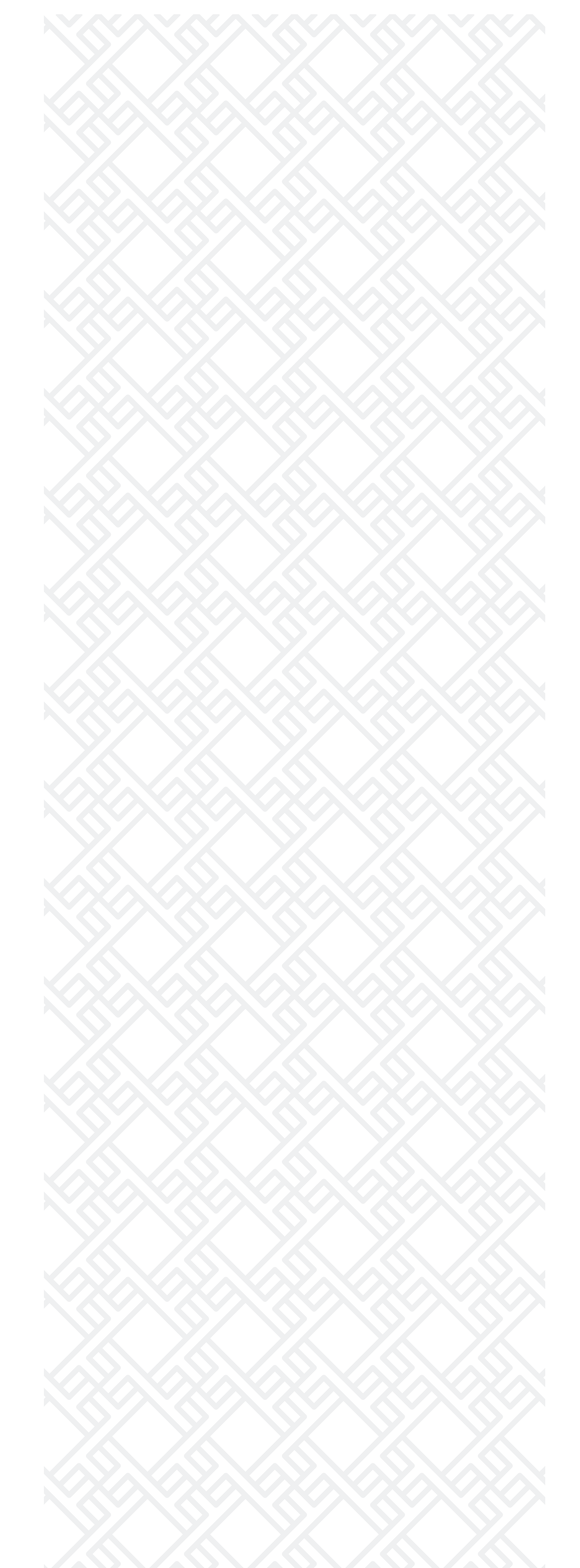
المبحث الخامس: دور المؤسسات الإفتائية في معاونة القضاء.

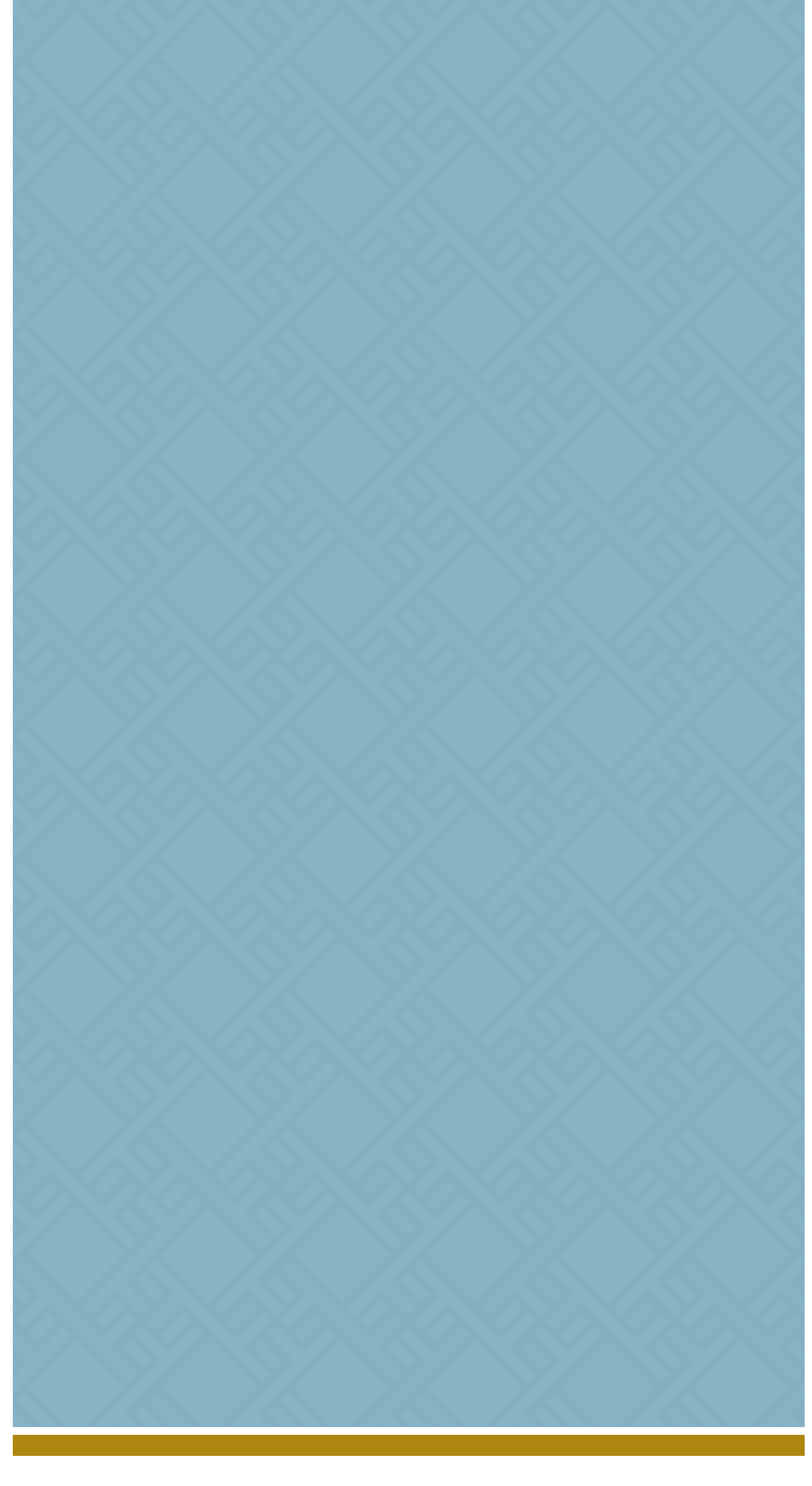
المبحث السادس: تقيُّد الفتوى والمؤسسات الإفتائية بالقانون.

المبحث السابع: أهمية التواؤم بين مؤسسات الدولة.

المبحث الثامن: مشروع مقترح لتقنين الفتوى.

خاتمة الدراسة.





الفصل الأول

الفتوى

ويشمل ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: التعريف بالفتوى والإفتاء.
- المبحث الثاني: أهمية الفتوى وخطورتها.
- المبحث الثالث: الإفتاء الجماعي والمؤسسات الإفتائية.

المبحث الأول

التعريف بالفتوى والإفتاء

الفَتْوَى في اللغة مأخوذة من: فَتَوَ، وقيل: فَتَيَ، يقال: أفتى الرجلُ في المسألة، واستفتيتُه فيها فأفتاني إفتاءً وفُتًى وفَتْوَى: يعني أجابني. والفتوى اسم، ويقال أيضًا: فُتْيَا وفُتْوَى. وتعني تبيين المشكل من الأحكام. وأصلها من الفَتَى، وهو الشابُّ الحَدَث الذي شبَّ وقَوِيَ، فكأن المفتي يُقَوِّي ما أشكلَ ببيانه فيشبُّ ويصير فتيًّا قويًّا. والفُتْيَا والفُتْوَى والفَتْوَى: ما أفتى به الفقيه. وتجمع على فَتَاوَى وفَتَاوٍ. والاستفتاء: طلب الفتوى أو الجواب عن الأمر المشكل[١].

ومنه قول الله تعالى: {وَيَسۡتَفۡتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِيهِنَّ وَمَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلۡكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤۡتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرۡغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَٱلۡمُسۡتَضۡعَفِينَ مِنَ ٱلۡوِلۡدَٰنِ وَأَن تَقُومُواْ لِلۡيَتَٰمَىٰ بِٱلۡقِسۡطِۚ وَمَا تَفۡعَلُواْ مِنۡ خَيۡرٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِهِۦ عَلِيمٗا} [النساء: ١٢٧]، وقوله سبحانه: {وَلَا تَسۡتَفۡتِ فِيهِم مِّنۡهُمۡ أَحَدٗا } [الكهف: ٢٢].

والإفتاء: مصدر، ويعني التبيين والإظهار.

والمفتي: اسم فاعل من أفتى، على وزن مُفْعِل، وهو من تصدر عنه الفتوى. والمستفتي: طالب الفتوى، وهو بصيغة اسم فاعل أيضًا، على وزن مُسْتَفْعِل، وهكذا السين والتاء إذا زيدت أريد بها الطلب.

واصطلاحًا: عرف الإفتاء بأنه «تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه»[٢].

ويستخلص مما ذكره ابن حمدان في تعريفه للمفتي أن الإفتاء هو: الإخبارُ بحكم الله تعالى عن معرفة بدليل شرعي[٣].

وعرفه القرافي في سياق التفريق بينه وبين الحكم بأنه «إخبار عن حكم الله في إلزام وإباحة»، في حين

(١) انظر: لسان العرب (١٥/ ١٤٧-١٤٨) مادة (فتا) ط. دار صادر- بيروت، الطبعة الأولى، والمصباح المنير للفيومي (٢/ ٤٦٢) مادة (فتي) ط. المكتبة العلمية- بيروت.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦/ ٤٥٧) بتحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

(٣) راجع: صفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حمدان ص(٤) بتخريج محمد ناصر الدين الألباني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠هـ.

أن الحكم هو إخبار ما له الإنشاء والإلزام[١]. وواضح أن القرافي رحمه الله لم يقصد إلى تعريفٍ جامعٍ مانعٍ، وإنما اكتفى بما يفرق بين الإفتاء والحكم في سياق ذكر الفروق بين المتشابهات في كتابه.

وعرفه بعض المعاصرين بأنه «الإخبار بحكم الله تعالى عن دليل شرعي لمن سأل عنه في أمر نازل»[٢].

وأولى منه تعريفه بأنه الإخبارُ بحكم شرعي في واقعةٍ عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام[٣]؛ حيث استوفى أركان الإفتاء المتمثلة في كونه إخبارًا بحكم شرعي، ومتعلقًا بواقعة ونازلة، وأنه يكون عن دليلٍ من الأدلة الشرعية، ويكون ذلك للسائل عن الحكم، وهو المستفتي، مع بيان أنَّ الفتوى ليس فيها إلزام، وهي بهذا تخالف القضاء[٤].

والإفتاء يقتضي وجودَ مفتٍ ومستفتٍ وفتوى.

(١) الفروق (٤/ ٨٩) ط. عالم الكتب- بيروت، بدون تاريخ.

(٢) الفتيا ومناهج الإفتاء للدكتور/ محمد سليمان الأشقر ص(٩) ط. مكتبة المنار الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ/ ١٩٧٦م.

(٣) المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١/ ٤٣).

(٤) راجع: الفتيا ومناهج الإفتاء ص(٩)، وبحث الفتاوى الشاذة وخطرها على المجتمع للشيخ محمد المختار السلامي، بحث بمؤتمر «الفتوى وضوابطها» الذي نظمه المجمع الفقهي الإسلامي سنة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م ص(٦).

المبحث الثاني

أهمية الفتوى وخطورتها

لا شكَّ أن الفتوى بالمعنى الذي بيَّناه- وهو بيان حكم الله تعالى في النوازل- ذات شأن عظيم وفضل كبير؛ لأنَّ المفتي مخبر وموقِّع عن الله تعالى، وهو قائم مقام النبي صلى الله عليه وسلم في بيان أحكام الشريعة، وهو مقام رفيع، بل هو أرفع المقامات.

يقول النووي: «اعلم أن الإفتاء عظيم الخطر، كبير الموقع، كثير الفضل؛ لأنَّ المفتي وارث الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم، وقائم بفرض الكفاية، ولكنه مُعرَّض للخطأ؛ ولهذا قالوا: المفتي مُوقِّع عن الله تعالى»[١].

ويقول ابن القيم: «وإذا كان منصب التوقيع عن الملوك بالمحل الذي لا ينكر فضله، ولا يجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنيات، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسماوات؟! فحقيقٌ بمن أُقيم في هذا المنصب أن يُعِدَّ له عُدَّته، وأن يتأهب له أهبته، وأن يعلم قدر المقام الذي أُقيم فيه، ولا يكون في صدره حَرَجٌ من قول الحق والصدع به؛ فإنَّ الله ناصرُه وهاديه، وكيف وهو المنصب الذي تولاه بنفسه رب الأرباب؟! فقال تعالى: {وَيَسۡتَفۡتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِيهِنَّ وَمَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلۡكِتَٰبِ} [النساء: ١٢٧]، وكفى بما تولاه الله تعالى بنفسه شرفًا وجلالةً؛ إذ يقول في كتابه: {يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِ} [النساء: ١٧٦]، وليعلم المفتي عمن ينوب في فتواه، وليوقن أنه مسؤول غدًا وموقوف بين يدي الله»[٢].

وإذا كان النبيُّ صلى الله عليه وسلم أولَ المبلِّغين للشريعة الخاتمة عن الله تعالى، فإنَّ المفتين قائمون مقامَه عليه الصلاة والسلام، وورثتُه في ذلك، كما قال صلى الله عليه وسلم: ((إن العلماءَ ورثةُ الأنبياء، إن الأنبياءَ لم يورِّثوا دينارًا ولا درهمًا، إنما وَرَّثوا العلمَ؛ فمن أَخَذَ بِهِ أَخَذَ بحظٍّ وافرٍ))[٣].

(١) المجموع شرح المهذب للنووي (١/ ٧٢) ط. مكتبة الإرشاد- جدة، بدون تاريخ.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ١٠، ١١) بتحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ط. دار الجيل- بيروت ١٩٧٣م.

(٣) رواه أبو داود في سننه: كتاب العلم، باب الحث على طلب العلم، رقم (٣٦٤١)، والترمذي في سننه: كتاب العلم، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة، رقم (٢٦٨٢)، وابن ماجه في مقدمة سننه، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، رقم (٢٢٣) بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء الكتب العربية- القاهرة ١٣٧٣هـ/ ١٩٥٤م، وابن حبان في صحيحه (١/ ٢٨٩- ٢٩٠) بتحقيق شعيب الأرناؤوط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

ولذلك كان الصحابةُ رضي الله عنهم والتابعون من بعدهم يتهيبون الفتيا ويتدافعونها، حتى كان أحدهم يودُّ أنْ لو كفاه غيرُه إياها.

ومن المعروف تاريخيًّا أنَّ المفتين من الصحابة لم يكونوا كثيرين، بل كانوا قلةً بالمقارنة بعدد الصحابة الذين عايشوا النبيَّ صلى الله عليه وسلم وصحبوه، حتى إن ابن القيم حين ذكر المفتين من الصحابة قال: «والذين حُفِظَتْ عنهم الفتوى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة ونيف وثلاثون نفسًا، ما بين رجل وامرأة، وكان المكثرون منهم سبعة»[١].

وكذلك كان التابعون وأتباعهم من بعدهم ثم الأئمة الأعلام؛ حيث كانت عبارة: «لا أدري» معروفةً ومتداولةً بينهم، ولا يستنكفون أن يقولوها إذا سُئلوا عن مسألة لا يعلمون حكمها، أو يرون أنها تحتاج إلى بحث ودراسة.

وعباراتُ ابن المسيب والشعبي وأبي حنيفة ومالك وغيرهم في ذلك معروفةٌ مشهورةٌ، ويكفي هنا أن نذكر ما رُوي عن مالك أنه: «سُئل عن مسألة، فقال: لا أدري، فقال له السائل: إنها مسألة خفيفة سهلة، وإنما أردت أن أعلم بها الأمير. وكان السائل ذا قدرٍ، فغضب مالك وقال: مسألة خفيفة سهلة! ليس في العلم شيء خفيف، أما سمعت قول الله تعالى: {إِنَّا سَنُلْقِي عَلَيْكَ قَوْلًا ثَقِيلًا} [المزمل: ٥]، فالعلم كله ثقيل، وبخاصة ما يُسأل عنه يوم القيامة»[٢].

وسأله آخر فلم يجبه، فقال له: يا أبا عبدالله أجبني، فقال: «ويحك! أتريد أن تجعلني حجةً بينك وبين الله؟! فأحتاج أنا أولًا أن أنظر كيف خَلاصِي ثم أُخَلِّصُك»[٣].

وما ذلك إلا لعظم شأن الفتوى في الدين وعُلُو مكانتها ومكانة من يقوم بها.

وعلى قدر تلك المكانة العظيمة للفتوى تكون خطورتها.

---

(١) إعلام الموقعين (١/ ١٢).

(٢) انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض (١/ ١٨٤- ١٨٥) ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، بدون تاريخ.

(٣) المرجع السابق (١/ ١٨١).

وقد ورد العديد من النصوص التي تحذر من التجرُّؤ على الفتيا والتقوُّل على الله بغير علم، منها قولُ الله تعالى: {قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْيَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ وَأَن تُشْرِكُواْ بِٱللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِۦ سُلْطَٰنًا وَأَن تَقُولُواْ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ} [الأعراف: ٣٣]، وقولُه سبحانه: {وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ ١١٦ مَتَٰعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ} [النحل: ١١٦، ١٧].

ومنها ما رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **((أجرؤكم على الفُتيا أجرؤكم على النار))**[١]. وعنه صلى الله عليه وسلم قال: **((مَنْ أُفْتِيَ بفُتيا غيرِ ثَبَتٍ فإنما إثْمُهُ على مَنْ أفتاه))**[٢]. وفي الحديث المشهور: **((إنَّ اللهَ لا يقبضُ العلمَ انتزاعًا ينتزعُهُ من الناس، ولكن يقبضُ العلمَ بقَبْضِ العلماء، حتى إذا لم يتركْ عالمًا اتخذ الناسُ رؤوسًا جُهَّالًا فسُئِلُوا فأفتَوْا بغيرِ عِلْمٍ فضَلُّوا وأَضَلُّوا))**[٣].

فكل تلك النصوص وغيرها تدلُّ دلالةً واضحةً على خطورة الإفتاء في الدين بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير، فالمفتي الذي يوقِّع عن الله تعالى إذا لم يسلك المنهج القويم ويصدر في فتواه عن دليل معتبر، ويراعي ضوابطَ الفتوى بعد أهليته لذلك فهو متقوِّلٌ على الله تعالى ومستحقٌّ للعذاب الأليم في الآخرة؛ لتجرُّئه على الفتوى في دين الله عز وجل، دون أن يستكمل شروطها ومتطلباتها، ودون أن يكون أهلًا لها[٤].

(١) رواه الدارمي في مقدمة سننه، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (١٥٧) بتحقيق فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي، ط. دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م عن عبيد الله بن أبي جعفر مرسلًا، وذكره العجلوني في كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس (١/ ٥١) بتحقيق أحمد القلاش، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ.

(٢) رواه أبو داود في كتاب العلم، باب التوقي في الفتيا، رقم (٣٦٥٧)، وابن ماجه في مقدمة سننه، باب اجتناب الرأي والقياس، رقم (٥٣)، وأحمد (٢/ ٣٢١، ٣٦٥)، والحاكم في المستدرك على الصحيحين (١/ ١٨٣، رقم ٣٤٩) بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م، والدارمي في مقدمة سننه، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (١٥٩) كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري في العلم، باب كيف يقبض العلم، رقم (١٠٠) وفي الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يذكر من ذم الرأي وتكلف القياس، رقم (٧٣٠٧) بعناية محمد زهير بن ناصر الناصر، ط. دار طوق النجاة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ، ومسلم في العلم، باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل والفتن في آخر الزمان، رقم (٢٦٧٣) بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٤م من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعًا، واللفظ لمسلم.

(٤) منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة للدكتور/ هشام يسري العربي (٤/ ٧٩٥) بحث بمؤتمر «الفتوى واستشراف المستقبل»، المنعقد بجامعة القصيم سنة ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٣م.

المبحث الثالث

الإفتاء الجماعي والمؤسسات الإفتائية

إذا كان الإفتاء بتلك المكانة الرفيعة والمنزلة الخطيرة -كما بينا- فإنَّ الإفتاء الجماعي أو الاجتهاد الجماعي[١] كان الخيار الأفضل للمفتين منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم، وبخاصة في قضايا الشأن العام؛ حيث كان الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه إذا لم يجدْ في القضية كتابًا ولا سنةً يدعو رؤوس المسلمين وعلماءهم فيستشيرهم، فإذا اجتمع رأيُهم على أمرٍ قضى به[٢].

وهكذا كان يفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيضًا؛ حيث كان يطلب حكم ما يستجدُّ في الكتاب والسنة، فإذا لم يجد ووجد قضاءً لأبي بكر فيه أخذ به، وإلَّا جمع رؤوس المسلمين وعلماءهم فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيُهم على أمرٍ قضى به[٣].

وكان هذا هو صنيعَ أكثرِ الصحابة كما قال المسيب بن رافع: «كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم أثرٌ اجتمعوا لها وأجمعوا، فالحق فيما رأوا»[٤].

وهذا الاتجاه الجماعي في الإفتاء دلَّ عليه الحديثُ المرويُّ عن النبي صلى الله عليه وسلم حينما سأله علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: **((قلت: يا رسول الله: الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن، ولم تمضِ فيه منك سنة، قال: اجمعوا له العالمين -أو قال: العابدين- من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا فيه برأي واحد))**[٥].

(١) الاجتهاد الجماعي هو: اتفاق جماعة من المجتهدين على حكم شرعي في مسألة بعد التشاور والبحث. راجع: الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ شعبان محمد إسماعيل، بحث بمؤتمر «الفتوى وضوابطها» الذي نظمه المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م ص(١٧-١٨)، وكذلك: الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ وهبه الزحيلي، بحث بمؤتمر «الفتوى وضوابطها» نفسه ص(٦، ٧)، والاجتهاد الجماعي للدكتور/ أحمد الريسوني، بحث بالمؤتمر نفسه ص(٣)، وبحث الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر للدكتور/ صالح بن حميد، بالمؤتمر نفسه ص(١٢-١٧)، ومنهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة ص(٤/ ٨٠٧).

(٢) انظر: سنن الدارمي: المقدمة، باب الفتيا وما فيه من الشدة، رقم (١٦١)، والسنن الكبرى للبيهقي (١٠/ ١١٤) بتحقيق محمد عبد القادر عطا، ط. مكتبة دار الباز بمكة المكرمة سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

(٣) انظر: تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا (٥/ ١٩٥، ١٩٦) الطبعة الثانية ١٣٦٦هـ/ ١٩٤٧م.

(٤) رواه الدارمي في مقدمة سننه، باب التورُّع عن الجواب فيما ليس فيه كتاب ولا سنة، رقم (١١٥).

(٥) رواه ابن عبد البر في جامع بيان العلم وفضله (٢/ ٨٥٢-٨٥٣، رقم ١٦١١، ١٦١٢) بتحقيق أبي الأشبال الزهيري، ط. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م، والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه (١/ ٤٧٦، رقم ٥١٩، ٢/ ٣٩١، رقم ١١٥٤) بتحقيق عادل يوسف العزازي، ط. دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١/ ١٧٨) ط. دار الكتاب العربي- بيروت/ دار الريان للتراث- القاهرة ١٤٠٧هـ للطبراني في الأوسط، وقال: «رجاله موثقون من أهل الصحيح». وضعفه غيره، لكن - كما يقول الشيخ علي حسب الله بحق- معناه صحيح؛ لأنه دعوة إلى الشورى في مهام الأمور، يؤيدها حث القرآن الكريم على ذلك، وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل أصحابه من بعده. انظر: أصول التشريع الإسلامي ص(٩٣- ٩٤) ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة السابعة ١٩٩٧م.

وأصل الشورى في المهمات مشروع ومأمور به في القرآن الكريم في قوله تعالى: {وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِ} [آل عمران: ١٥٩]، وقوله سبحانه واصفًا المؤمنين الصادقين: {وَأَمۡرُهُمۡ شُورَىٰ بَيۡنَهُمۡ} [الشورى: ٣٨].

والوقائع العملية في حياة النبي صلى الله عليه وسلم تشهدُ بتطبيقه مبدأ الشورى في العديد من المواقفِ والوقائع[١]؛ كاستشارته صلى الله عليه وسلم أصحابَه في غزوة بدر بشأن الأسرى: هل يقبل منهم الفدية، أم يقتلهم، وكان ذلك قبل تشريع حكم معاملتهم.

وإنما كان هذا الاتجاه الجماعي في الإفتاء لأن رأي الجماعة أولى وأقربُ إلى الصواب من رأي الفرد؛ لما سبق تقريرُه من أهمية مبدأ الشورى، وأنه من المبادئ التي دعت إليها الشريعة.

ويؤكد هذا تشعُّب العلوم والتخصُّصات في عصرنا، مع تعقُّد المشكلات وتشعُّبها، مما يتطلب تضافر الجهود في سبيل الوصول إلى الحق فيها.

ولأن الإفتاء الجماعي يعمل على توحيد الأمة وتقليل رقعة الخلاف بينها، كما أنه يقلل من الفتاوى الشاذة وافتئات غير المتخصصين وغير المؤهلين واقتحامهم مجال الإفتاء دون دراسة وتعمق، مما يعمل على بلبلة أفكار الجماهير وتحيُّرهم. «ولا مخرج من ذلك إلا بإصدار فتاوى مدروسة دراسة وافية من خلال الاجتهاد الجماعي»[٢] الذي يضبط الفتوى ويقلل هوة الخلاف.

كما أن الإفتاء الجماعي أو الاجتهاد الجماعي يعتبر نوعًا من أنواع الإجماع بمعناه العام؛ فإذا كان من الصعب تحقق الإجماع بالمعنى الذي حدده الأصوليون -وهو اتفاق جميع المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي[٣]- فإن الاجتهاد الجماعي يتيح نوعًا من هذا الإجماع وإن كان ناقصًا، وهو أقرب إليه بلا شك من الاجتهاد الفردي، وهو يعمل على استمرارية الاجتهاد في الأمة.

ومن المعلوم والثابت أنَّ بقاء الاجتهاد علامة على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان؛ إذ به تواكب كلَّ جديد ومستحدث، وتضع له الحكم الشرعي المناسب من خلال الاعتماد على الأصول والثوابت الشرعية، مع مراعاة تحقيق المصالح في ضوء المقاصد الشرعية.

---

(١) راجع: الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ شعبان إسماعيل ص(٣٤- ٣٦).

(٢) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ شعبان إسماعيل ص(٦٨).

(٣) راجع في تعريف الإجماع: المستصفى للغزالي ص(١٣٧) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بتحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/ ١٩٥، ١٩٦) بتعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، ط. دار الصميعي بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، وتحرير المنقول وتهذيب علم الأصول للمرداوي ص(١٥٣) بتحقيق عبد الله هاشم والدكتور/ هشام يسري العربي، ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، الطبعة الأولى سنة ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م، وأصول التشريع الإسلامي للأستاذ الشيخ علي حسب الله ص(٩٥)، والتكليف الشرعي بين الاجتهاد والتقليد للدكتور/ محمد بلتاجي ص(١٠٠) ط. مكتبة الرسالة بالقاهرة سنة ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

ولا شكَّ أنَّ الإفتاء الجماعي بما يشمله من تضافر الجهود لدى المؤسسة الإفتائية، وصدورها عن منهجية واحدة وآليات متفق عليها، وبما تملكه من أدوات تؤهلها للعملية الإفتائية، وبما يتضمنه ذلك من تفاعل وتشاور بين المفتين والباحثين -لا شكَّ أنه يسدُّ هذه الثغرة، ويقوم بفريضة الاجتهاد في الأمة[١].

وإذا كان الإفتاء الجماعي مظهرًا معاصرًا وحديثًا من مظاهر الاجتهاد، وضرورة للإفتاء المعاصر؛ فإنه قد تجلَّى في المجامع الفقهية وهيئات الإفتاء المختلفة التي من شأنها أن تتيح للفقهاء والخبراء والباحثين الاجتماعَ والتشاورَ والتباحثَ في المسائل والقضايا المعاصرة للخروج باجتهاد جماعي أو فتوى جماعية أكثر شمولًا وأرْجى توفيقًا إلى الحق من اجتهادات الأفراد وفتاواهم[٢].

وأهم مؤسسات الاجتهاد الجماعي بصفة عامة هي المجامع الفقهية والمؤسسات الإفتائية.

فأما المجامع الفقهية فأقدمها مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف الذي أُنشئ سنة ١٩٦١م/ ١٣٨١هـ بموجب القانون رقم (١٠٣) بشأن تطوير الأزهر، ويرأسه شيخ الأزهر، ويُعيَّن له أمين عام. ويُعنَى المجمع بكل ما يتصل بالبحوث والدراسات الإسلامية، وتتفرع عنه لجان متخصصة تقوم بالأعمال والمهام المنوطة به.

والمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة الذي أنشئ سنة ١٣٩٨هـ لدراسة أمور المسلمين الدينية والفقهية، والنظر في الوقائع الجديدة لإصدار أحكام بشأنها في ضوء الاجتهاد الجماعي.

ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي (المؤتمر الإسلامي سابقًا)، ومقره مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، وهو من أكثر المجامع تأثيرًا ونشاطًا. وقد كان قرار إنشائه سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، وعقد اجتماعه التأسيسي سنة ١٤٠٣هـ. ويضم في عضويته علماء كبارًا من مختلف الدول الإسلامية، بالإضافة لعددٍ من الخبراء في كافة المجالات، وصدرت عنه مئات البحوث المتميزة وعشرات القرارات والتوصيات في العديد من القضايا الفقهية المعاصرة.

(١) انظر: الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ شعبان إسماعيل ص(٦١- ٦٩)، وأيضًا: الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر للدكتور/ صالح بن حميد ص(٢١، ٢٢)، والاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ وهبة الزحيلي ص(١٣- ١٦)، ومنهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة للدكتور/ هشام يسري العربي (٤/ ٨١٠- ٨١٢).

(٢) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨١٢، ٨١٣).

إضافةً إلى بعض المجامع الإقليمية، مثل مجمع الفقه الإسلامي بالسودان الذي أُنشئ سنة ١٤١٩هـ، ويضمُّ أربعين عضوًا من كبار علماء السودان، بالإضافة إلى هيئة استشارية من ممثلي المجامع الفقهية الأخرى من خارج السودان، ومجمع الفقه الإسلامي بالهند الذي أُنشئ سنة ١٩٨٨م، ويشارك في ندواته عدد كبير من العلماء، أغلبهم من الهند، بالإضافة إلى أعضاء شرفيين من أنحاء العالم الإسلامي، ومجامع أخرى في أوربا وأمريكا[١].

وأما المؤسسات الإفتائية فتأتي على رأسها دار الإفتاء المصرية التي يرجع تاريخها إلى ما يزيد عن مائة وعشرين سنة؛ حيث أنشئت سنة ١٨٩٥م (بحسب ما وجد بسجلات المفتين، وإن كان هناك شواهدُ على وجود منصب مفتي الديار المصرية قبل ذلك)[٢].

وهناك اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، وهي متفرعة عن هيئة كبار العلماء بالمملكة، ومهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة، بالإضافة إلى إصدار الفتاوى.

وهناك أيضًا قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت، التابع لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ودار الإفتاء الفلسطينية، ودائرة الإفتاء في المملكة الأردنية، ودار الفتوى في الجمهورية اللبنانية، والمجلس العلمي الأعلى بالمملكة المغربية، وديوان الإفتاء بتونس، والمجلس الأعلى للفتوى والمظالم بموريتانيا، وديوان الوقف السني بالعراق، ومكتب الإفتاء بسلطنة عمان، وغيرها.

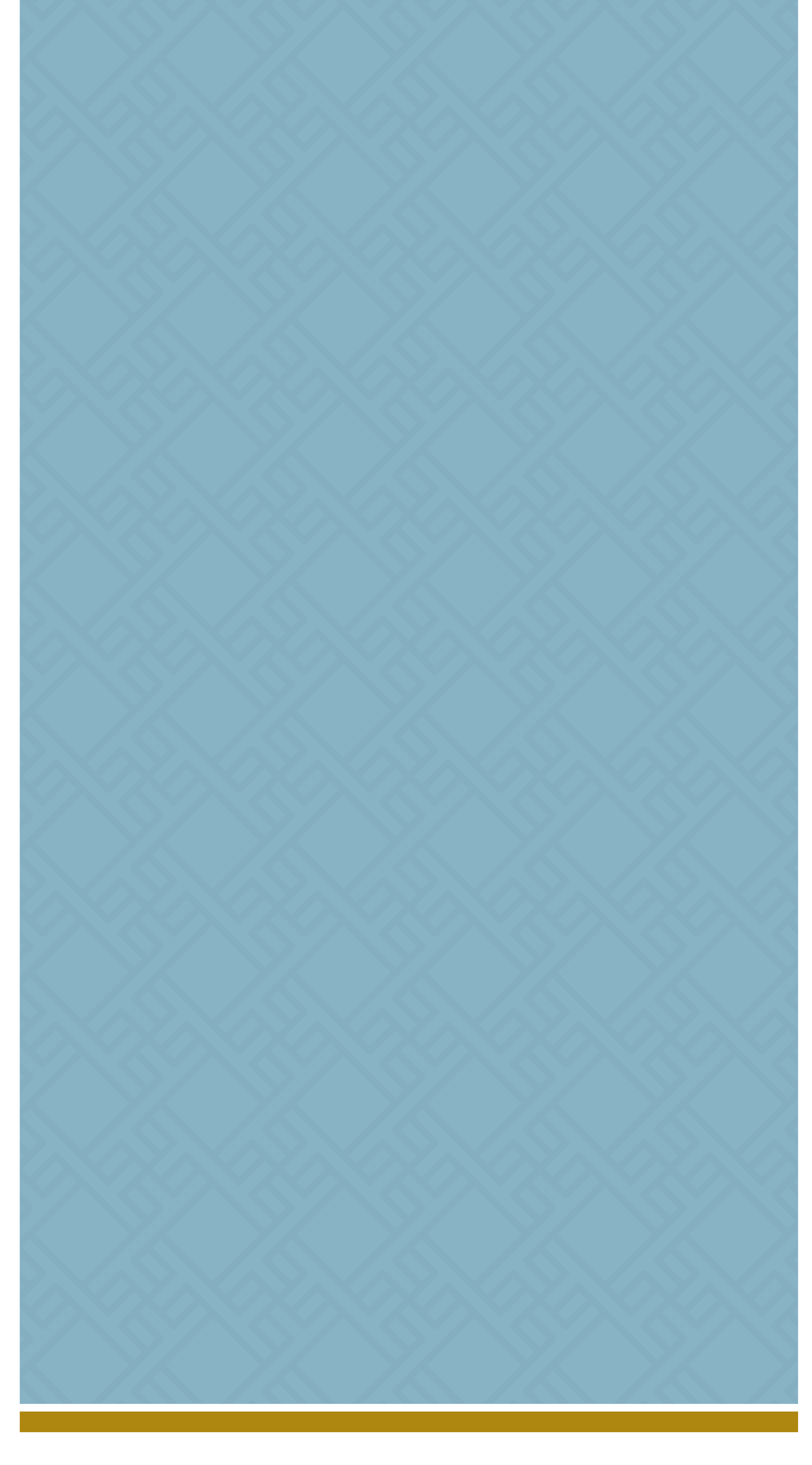
وقد اتجهت دُور وهيئات الإفتاء في العالم الآن إلى الفتوى المؤسسية بمنهجيةٍ ومعاييرَ واضحة، وبخاصة في الأمور ذات الشأن العام وما يتعلق بأمن المجتمعات واستقرارها.

وتشكَّلت الأمانة العامة لدُور وهيئات الإفتاء في العالم، ومقرها القاهرة حيث تتبع دار الإفتاء المصرية، ويرأس مجلسها الأعلى مفتي الديار المصرية؛ لتكون مظلَّة للمؤسسات الإفتائية في العالم، وتعمل على التنسيق والتعاون والتكامل بينها في إطار من المسئولية لما يواجهه العالم الإسلامي من تحديات.

* * *

(١) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨١٣، ٨١٤)، وراجع أيضًا: الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ شعبان إسماعيل ص(٤٢- ٤٤)، والاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر للدكتور/ الزحيلي ص(١٦- ٢١)، والاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر للدكتور/ صالح بن حميد ص(٢٤- ٢٨).

(٢) راجع تاريخ نشأة دار الإفتاء المصرية في: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢/ ٥٣- ٦٤).



الفصل الثاني

التقنين

ويشمل عشرة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف التقنين.
- المبحث الثاني: نطاق التقنين.
- المبحث الثالث: مصدر التقنين.
- المبحث الرابع: أهمية التقنين.
- المبحث الخامس: تاريخ التقنين.
- المبحث السادس: ضرورة التقنين.
- المبحث السابع: شبهات المعارضين للتقنين ومناقشتها.
- المبحث الثامن: محاذير التقنين وإمكانية تلافيها.
- المبحث التاسع: صياغة التقنين.
- المبحث العاشر: التقنين المصري ومدى موافقته للشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

تعريف التقنين

التقنين في اللغة: مأخوذٌ من مادة (قنن)، يقال: قَنَّ الشيءَ قَنًّا، أي تفقده بالبصر، والقِنُّ: العبد، والقُنَّة من كل شيء: أعلاه، والجبل المنفرد المرتفع في السماء، وجمعها: قُنَن وقِنَان.

وقَنَّن: أي وضع القوانين، وهي من الألفاظ المولَّدة، فليس أصلها عربيًّا، ويقال: إن أصلها رومية أو فارسية، فالتقنين هو وضع القوانين. والقوانين واحدها القانون، والقانون: الأصل، وهو مقياس كل شيء وطريقه. ويطلق على الأمر الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته التي تُتعرَّف أحكامها منه، وهو المراد هنا، كما يطلق على آلة موسيقية ذات أوتار تحرك بالكشتبان[(١)].

أما في الاصطلاح فقد جاء في التعريفات للجرجاني: «القانون أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يُتَعرَّف أحكامها منه»[(٢)].

أما التقنين فقد عرفه الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري باشا والدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت بأنه «إدماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون -بعد أن ترتب وتبوب ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض- في مدونة واحدة تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون، سواء كان مصدر تلك القواعد عرفًا أو تشريعًا أو غير ذلك»[(٣)].

وهذا التعريف هو نفسه الذي عرفه به الدكتور/ محمد زكي عبد البر؛ حيث قال: «التقنين عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون، بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض، وفيها من غموض، في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون»[(٤)].

---

(١) انظر: المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية بالقاهرة ص(٧٦٣) مادة (قنن) ط. مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، وراجع: لسان العرب (١٣/ ٣٤٨- ٣٥٠) مادة (قنن).

(٢) التعريفات للجرجاني ص(٢١٩) بتحقيق إبراهيم الإبياري، ط. دار الريان للتراث بالقاهرة، بدون تاريخ.

(٣) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري باشا، والدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت ص(١٩١) ط. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة سنة ١٩٥٠م.

(٤) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق للدكتور/ محمد زكي عبد البر ص(٢١) ط. دار إحياء التراث الإسلامي- قطر، بعناية الشيخ عبدالله الأنصاري، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م.

وعرفه الأستاذ/ مصطفى الزرقا بقوله: «يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة، في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس»[١].

وعرفه الدكتور/ عبد الحميد البعلي بأنه «الصياغة الفنية للأحكام الفقهية المستنبطة في المجالات المختلفة في شكل موادَّ قانونيةٍ يتقيد بها المخاطبون بأحكامها»[٢].

وهذه التعريفات كلُّها متقاربةٌ تصف ما ينبغي أن يكون عليه التقنين، وأولاها وأوفاها جمعًا ومنعًا تعريف الأستاذ الزرقا رحمه الله[٣].

وعلى ذلك فالمقصودُ بتقنين الفقه الإسلامي هو: جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بسائر أنواع المعاملات من المذاهب الفقهية، وتبويبها وترتيبها بحسب أقسام القانون الحديث، وصياغتها في موادَّ قانونيةٍ مسلسلة، وإصدارها من قبل الدولة في صورة قانون ملزم، وواجب التطبيق لدى السلطات القضائية[٤].

وتسمية الأحكام بالقوانين ليست بدعًا من القول؛ بل قد ذكرها بعض الفقهاء وتكلموا عنها كالقاضي أبي يعلى، والماوردي، وابن خلدون، وغيرِهم[٥].

من ذلك: قول الماوردي: «فإن كان هذا الحد من حقوق الله تعالى المحضة كحد الزنا جلدًا أو رجمًا، فالأمير أحقُّ باستيفائه من الحاكم؛ لدخوله في قوانين السياسة وموجبات الحماية والذب عن الملة»[٦].

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ/ مصطفى الزرقا (١/ ٣١٣) ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

(٢) ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لتطبيق الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبد الحميد محمود البعلي ص(٢٦) بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) بدون تاريخ.

(٣) تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» للدكتور/ هشام يسري العربي ص(٢١) ط. دار اليسر بالقاهرة ضمن سلسلة «بحوث علمية محكمة»، الطبعة الأولى ١٤٣٩هـ/ ٢٠١٨م.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٣).

(٥) تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» ص(٢٢). وراجع: الأحكام السلطانية للماوردي ص(٣٨، ٤٠، ٢٧١) ط. دار الكتب العلمية، بدون تاريخ، والأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ص(٣٨، ٢٥٦) بتحقيق محمد حامد الفقي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، ومقدمة ابن خلدون وهي الجزء الأول من تاريخه (١/ ٢٣٨، ٥٧٤، ٥٧٥) ومواضع أخرى كثيرة، بضبط ومراجعة الأستاذ/ خليل شحادة، والدكتور/ سهيل زكار، ط. دار الفكر- بيروت سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.

(٦) الأحكام السلطانية ص(٣٨).

وقوله في موضع آخر: «فهذه سبع قواعد في قوانين الشرع يحفظ بها حقوق الإمامة وأحكام الأمة»[1].

وليس «القانون» في حقيقته إلا مجموعة من القواعد العامة الملزمة ذات عنصر جزائي، تصدرها سلطة مختصة.

وهذا المدلول للفظة «قانون» هو نفسُه مدلول لفظة «نظام» أو «لائحة» ونحوهما مما يتضمن أوامرَ أو تعليماتٍ محددةً بالأوصاف والشروط، فالعبرة بالقصود والمعاني، لا بالألفاظ والمباني كما يقول الأصوليون[2].

ولئن كان بعض القوانين أو التقنينات ظالمًا أو جائرًا، فإنَّ هذا الاحتمال نفسَه قائمٌ في الأنظمة واللوائح، والعبرة في ذلك كله بمصدر التقنين؛ فإذا كان التقنين مأخوذًا من الشريعة والفقه الإسلامي فلا شكَّ في قبوله وتحقيقه لمصالح الناس، وأنَّ في الالتزام به التزامًا بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم[3].

أما إذا كان مخالفًا لنصوص الشريعة ومقرراتها العامة ومبادئها الكلية فلا يرفع تلك المخالفةَ تسميتُه بنظام أو لائحة أو ما شابه ذلك؛ فالعبرة بمضمون التقنين، لا باسمه ولا ما يطلق عليه من تسميات.

(١) الأحكام السلطانية ص(٤٠).

(٢) تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» ص(٢٢، ٢٣).

(٣) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام للدكتور/ عبد الرحمن عبد العزيز القاسم ص(٥٥، ٥٦) ط. المؤلف، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.



نطاق التقنين

التقنين الذي نعنيه للفقه الإسلامي إنما يتعلق بما يمكن أن يكون محلًّا للتقاضي؛ فمن المعلوم أن الفقه الإسلامي يفرق بين نوعين من المسائل: أحدهما الواجب ديانةً، والآخر الواجب قضاءً. فالأول هو الذي يبقى بين العبد وربه دون تدخُّل من القضاء، وتجب رعايته وتقويمه من خلال المؤسسات الدينية. أما الثاني فهو الذي يقبل بطبيعته أن يكون محلًّا للتقاضي، وهو الذي يدخل في التقنين.

وإذا نظرنا إلى تقسيمات الفقهاء للفقه الإسلامي، والذي يجعله بعضهم على قسمين كبيرين، هما: العبادات، والمعاملات[١]، فإن ما يدخله التقنين هو القسم الثاني الخاص بالمعاملات بمعناها الواسع الذي يشمل المعاملات المالية والأسرية (الشخصية) والجنائية.

وعلى التقسيم الرباعي للفقه (الذي يقول به الشافعية والحنابلة) والذي يقسم الفقه إلى عبادات، ومعاملات، وأنكحة، وجنايات وحدود ومخاصمات[٢] يكون التقنين شاملًا لثلاثة أرباع الفقه، وهو ما سوى العبادات.

فإن العبادات لا يدخلها التقنين؛ لأنها علاقةٌ بين العبد وربه، ويتبع فيها كل مسلم المذهب والرأي الذي يراه، ولا تُلزِم فيها الدولةُ الناسَ بمذهب أو رأي معين يعبدون الله وفقه، ولا يمكن أن تكون محلًّا للتقاضي، إلا ما يدخل منها في دائرة العقوبات التعزيرية التي يراها ولي الأمر[٣].

---

(١) تقسيم الفقه الإسلامي إلى عبادات ومعاملات محل اتفاق بين جميع الفقهاء؛ للفرق الكبير الواضح بينهما، والذي يرجع إلى أن المقصود الأصلي في العبادات شكر الله والتقرب إليه ونيل ثوابه في الآخرة، أما المعاملات فالمقصود الأول فيها قضاء مصالح العباد المختلفة التي لا تتحقق إلا بها، كما أنَّ الأصل في العبادات عدمُ معقولية المعنى، وعدم إدراك العقل السرَّ في شرعيتها، أما المعاملات فالأصلُ فيها أنها معقولةُ المعنى. كذلك فإنَّ التشريع قد فصَّل أحكام العبادات، في حين جاء في المعاملات بالأصول العامة والقواعد الكلية، وبالكثير من التعليلات؛ لتكون منهاجًا للمجتهدين فيما يستجد بعد ذلك. راجع: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى ص(١٠٥) ط. دار الفكر العربي بالقاهرة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، والمدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(٤٧- ٥١) ط. دار الكتاب الحديث بالكويت سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م، والتيسير في المعاملات المالية «دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة للدكتور/ هشام يسري العربي ص(٥٩، ٦٠)، ط. دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى سنة ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.

(٢) راجع في تقسيمات الفقه الإسلامي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد يوسف موسى ص(١٠٤- ١٠٥)، والمدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ مدكور ص(٤٧- ٥١)، والتيسير في المعاملات المالية ص(٥٩- ٦٢) ومصادره.

(٣) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٧٩).

وعلى ذلك فنطاقُ التقنين هو المعاملات بمعناها الواسع والشامل دون غيرها بما يشمله من المعاملات بين الأفراد وبعضهم، وبين الأفراد والدول، وبين الدول وبعضها.

مع ملاحظة أيضًا ضرورة التمييز والتفرقة فيما يدخل في دائرة التقنين بين المبادئ العامة والكلية التي لا تتغير ولا تتبدل، وبين الأحكام التفصيلية التطبيقية التي تتغير بتغير الظروف والعصور والبيئات[١].

وخلاصة القول: أن التقنين يشملُ جميع فروع المعاملات بمعناها الواسع، فيشمل:

١. المعاملات المالية، والتي يطلق عليها في القانون (المعاملات المدنية، أو القانون المدني، وكذلك القانون التجاري).

٢. أحكام الأسرة، والتي يطلق عليها في القانون (الأحوال الشخصية).

٣. الأحكام المتعلقة بالجنايات والحدود والتعزير، والتي يطلق عليها في القانون (العقوبات أو القانون الجنائي).

٤. الأحكام المتعلقة بالقضاء والمخاصمات والمنازعات، والتي يطلق عليها في القانون (المرافعات، والإجراءات الجنائية).

٥. الأحكام المتعلقة بعلاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول، وما يتعلق بالحروب وأسبابها ونتائجها، مما كان يسميه الفقهاء قديمًا الجهاد، أو السير والمغازي، وهي التي يطلق عليها في القانون (القانون الدولي).

٦. الأحكام المتعلقة بسلطة الحاكم على الرعية، والحقوق والواجبات المتقابلة بينهما، مما كان يسميه بعض الفقهاء الأحكام السلطانية، أو السياسة الشرعية، وهي التي يطلق عليها في القانون (القانون الدستوري، والقانون الإداري)[٢].

أما العبادات فلا تدخل في نطاق التقنين؛ لاختصاصها بالعلاقة بين الإنسان وربه عز وجل، فتُترَك للناس وما يرتضونه من آراء ومذاهبَ فقهية في ذلك.

(١) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٧٩).

(٢) تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» ص(٢٤- ٢٦).

إلَّا ما كان من أمور تستدعي إشرافَ الدولة وتتعلَّق بالشأن العام، أو يترتب على عدم تقنينها فوضى وتشتيتٌ للناس، أو تقاعسٌ وتقصير وترك، وذلك كتحديد أوائل الشهور القمرية؛ لما يرتبط بها من عبادات، كصوم رمضان والحج وغير ذلك.

وأيضًا كقيام الدولة على جباية الزكاة وتوزيعها على مستحقيها من خلال المؤسسات واللجان المختصة بذلك، وتنظيم إقامة الشعائر في المساجد من الأذان والإقامة وأداء الصلوات والاعتكاف والجُمُعات والعيدين، والاحتفال بالمناسبات الدينية، ونحو ذلك. وإن كان هذا ليس تقنينًا بالمعنى الذي أوضحناه سابقًا، لكنَّ للدولة أن تلزم الناس بما تراه من ذلك ما دام دائرًا في نطاق المذاهب الفقهية المعتبرة، مع مراعاة المذاهب السائدة في كل بلد مما تَتَابع عليه الناس وساد بينهم.

المبحث الثالث

مصدر التقنين

سبق أن بينا أنَّ التقنين الذي نعنيه هو جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بسائر أنواع المعاملات من المذاهب الفقهية، وتبويبها وترتيبها بحسب أقسام القانون الحديث، وصياغتها في موادَّ قانونيةٍ مسلسلة، وإصدارها من قبل الدولة في صورة قانون ملزم، وواجب التطبيق لدى السلطات القضائية[(١)].

وهذه الأحكام التي يتم جمعها من المذاهب الفقهية إما أن تتقيد بمذهبٍ فقهي واحد، وتلتزم بالقول المعتمد فيه، أو تتخيَّر في بعض المسائل من الأقوال الموجودة بالمذهب، فتكون في الحالتين في إطار مذهب فقهي واحد. وإما أن تُستمد من سائر المذاهب الفقهية ومن فقهاء الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين الذين نقلت آراؤهم في كتب اختلاف الفقهاء ولم تدوَّن لهم مذاهب كاملة في جميع أبواب الفقه: كالأوزاعي، والليث بن سعد، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وغيرهم، دون التقيُّد بمذهب واحد، بل تأخذ من سائر المذاهب والآراء ما تراه أقوى دليلًا، وأكثر تحقيقًا للمصلحة، وأقرب إلى مقاصد الشريعة، وأكثر مناسبةً للتطبيق بحسب العصر والبيئة المعينة، لكنها في كلتا الحالتين تختار قولًا واحدًا يكون واجب التطبيق، دون ما عداه من أقوال[(٢)].

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «ولكل بلد إسلامي أن يقنن في إطار المذهب السائد فيه؛ حيث ائتلفه أهله وأَنِسُوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي، وله أيضًا أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من مختلف المذاهب المعتبرة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر»[(٣)].

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٣).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٣، ٣١٤)، وراجع كذلك: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٠).

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٨).

وكما يقول الدكتور/ محمد زكي عبد البر: الأَوْلَى في ذلك أن نسلك سبيلًا وسطًا وهو الأخذ في كل بلد بالمذهب السائد فيه أصلًا عامًّا للتقنين[١]؛ فإنَّ سيادةَ المذاهب الفقهية اختلفت من بلد لآخر، كما ساد المذهب الحنفي في العراق والشام ومصر، وتركيا وبلاد البلقان، والهند وباكستان وغيرها، وساد المذهب المالكي في شمال أفريقيا وبلاد المغرب العربي وموريتانيا وجنوب مصر والسودان، ونيجيريا ومالي والسنغال وساحل العاج وغيرها من الدول الأفريقية، وفي الكويت والإمارات أيضًا، وساد المذهب الشافعي في فلسطين، وزاحم المذهب الحنفي في العراق والشام ومصر، وبخاصة في الوجه البحري، وبعض عسير بالسعودية واليمن، وساد كذلك في الصومال وإريتريا، وبلاد الأكراد وأرمينية، وإندونيسيا والملايو والفلبين وسيرلانكا وتايلاند وأستراليا وغيرها، وساد المذهب الحنبلي في المملكة العربية السعودية وقطر، فضلًا عن وجوده القليل في الشام ومصر، والكويت والإمارات والبحرين والعراق[٢].

فيكون المذهب الفقهي السائد أصلًا وأساسًا عامًّا، ويكون الخروج عليه إلى غيره حينما تدعو المصلحة إلى ذلك على سبيل الاستثناء، فيكون الأصل معروفًا والاستثناء بيّنًا، بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه[٣].

و«لأن في كل مذهب بعض مزايا وحلول أفضل نتيجة لأنه ليس أحد من أئمَّة هذه المذاهب وأتباعهم معصومًا ومحتَّمًا أن يكون عنده الصواب وعند غيره الخطأ، أو أن يكون عنده أحسن الفهوم الاحتمالية جميعًا لنصوص القرآن والسنة النبوية والقواعد المستنبطة منهما، فعند كل منهم ما هو فاضل ومفضول، وما يضيق عنه مذهب من حاجات الزمن قد يتسع لحله مذهب آخر»[٤].

وهذا هو المعمول به في مصر؛ حيث كان المذهب الحنفي هو السائدَ فيها وفي غيرها زمنَ الدولة العباسية، ثم جاءت الدولة العثمانية فجعلته المذهب الرسمي وجعلت القضاء على أساسه في جميع البلاد التي كانت تابعةً للخلافة العثمانية، وإن وجدت معه المذاهب الأخرى على المستوى الشعبي، ونشطت على المستوى الرسمي في بعض الفترات.

وكانت أول تقنينات للشريعة عرفتها مصر وفق المذهب الحنفي -كما سيأتي مفصلًا- وهي محاولات محمد قدري باشا حينما نشر تقنينًا للمعاملات على المذهب الحنفي، وهو كتابه «مرشد الحيران» سنة ١٨٩٠م، ونشر تقنينات أخرى في الأحوال الشخصية وفي الأوقاف.

(١) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٠).

(٢) راجع في انتشار المذاهب الفقهية الثمانية منذ نشأتها حتى الوقت الحاضر: جغرافية المذاهب الفقهية للدكتور/ هشام يسري العربي، ط. دار البصائر بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٥م.

(٣) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٠).

(٤) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٨).

ومن بعد ذلك قوانين الأحوال الشخصية التي صدرت سنة ١٩٢٠م، وسنة ١٩٢٩م، وما بعدها؛ حيث أُخِذَ فيها بالمذهب الحنفي أساسًا، مع الأخذ بغيره إذا دعت المصلحة إلى ذلك.

بل نص القانون رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م) في المادة الثالثة منه على أنه: «تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة».

أما الأَخْذُ بغير المذهب الحنفي فقد بدأ في مصر منذ قانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٠م)؛ حيث أخذ بالمذهب المالكي في بعض المسائل، ثم أخذ بعد ذلك من المذهب الشافعي، ومن المذهب الحنبلي، بل من آراء بعض الفقهاء المخالفة للمعتمد في المذاهب الأربعة[١].

ومن أمثلة ذلك: مسألة التطليق للضرر التي أخذ فيها بالمذهب المالكي، ومسألة وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة التي أخذ فيها بمذهب الزيدية وبعض الشيعة الإمامية ورأي ابن تيمية وابن القيم، ومسألة حرية التعاقد والاشتراط التي أخذ فيها بالمذهب الحنبلي، ومسائل عديدة أخذ فيها بالمذهب الشافعي.

وفي المملكة العربية السعودية يسود المذهب الحنبلي ويؤخذ به أساسًا للحكم والقضاء، مع جواز الأخذ بغيره إن وجدت المصلحة في ذلك في مواضعَ محددة تُنزَّل من الأصل منزلة الاستثناء من الأصل العام[٢].

فقد ورد في قرار الهيئة القضائية رقم (٣) بتاريخ ١٧/ ١/ ١٣٤٧هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٤٧هـ:

«أ- أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقًا على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ نظرًا لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله.

ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم -يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير فيها على ذلك المذهب؛ مراعاة لما ذكر.

ج- يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية:

١ - شرح المنتهى. ٢ - شرح الإقناع.

---

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي لأحمد إبراهيم بك ص(٤٠)، والمدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(١١٢- ١١٣)، وأيضًا: جغرافية المذاهب الفقهية ص(١٩، ٢٠).

(٢) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٠، ٨١).

فما اتفقا عليه أو انفرد به أحدهما فهو المتبع، وما اختلف فيه فالعمل على ما في المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد، أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها، وقضى بالراجح»[١].

والمرجع في ذلك كله الرغبة في أن يكون التقنين متماشيًا مع الحياة وما ألفه الناس واعتادوه من أحكام؛ حتى يتقبله الناس، ولا يكون مستغربًا؛ فيتسبب في نفرة الناس منه. وضابط ذلك كله عدم مخالفة الرأي أو المذهب المختار للشريعة الإسلامية[٢].

ويرى الدكتور/ محمد زكي عبد البر أنه يجب الصدور بادئ ذي بدء عن الفقه الإسلامي، وبعبارة أخرى يجب البدء بصياغة الأحكام أخذًا من كتب الفقه الإسلامي، ولا بأسَ من النظر أثناء ذلك إلى القانون للانتفاع بصياغته، أو لمعرفة المشاكل التي تثور في العمل في عصرنا وكيفية حلها، لكن يكون المرجع الأساسي دائمًا هو الفقه الإسلامي، وعلى أن تُذيَّل كل مادة بمذكرة إيضاحية تبين فيها أحكام الفقه الإسلامي في مذاهبه في موضوع المادة ووجه اختيار الحكم الذي اختير، ومراجعه[٣].

وقد علل الدكتور/ عبد البر ذلك بظهور اتجاه في بعض لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري -في ذلك الوقت- يرى تناول التقنينات الوضعية ونسبتها إلى الشريعة الإسلامية ما لم تكن مخالفةً للشريعة. ونقل عن بعضها استنادها إلى المصالح المرسلة، وأنها لا ترى إعادة النظر إلا في بعض القواعد التي ترى أن بعضها مخالف لأحكام الشريعة، وبعضها الآخر يحسن تعديلُه لتكون نصوص القانون أكثرَ تحقيقًا لمقاصدِ الشريعة وأهدافها[٤].

واعتبر الدكتور/ عبد البر أن هذا النهج نهج معيب مخطئ، ومخالف لما جاء بالمادة الثانية من الدستور المصري التي تنصُّ على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»[٥].

(١) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٣/ ٢٤٧) ط. رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ.

(٢) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨١).

(٣) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨١).

(٤) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨١، ٨٢).

(٥) انظر: تعديل دستور جمهورية مصر العربية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٦) في ٢٦ يونيه ١٩٨٠: مادة رقم (٢)، وما تلاه من تعديلات حتى سنة ٢٠١٩م.

وأَرْجَعَ ذلك إلى أربعة أمور:

- الأول: أنه لا يوجد ما يمكن أن نعبر عنه بما لا يخالف الشريعة الإسلامية، إنما الواجب أن تكون الأحكام مستقاةً من أدلة الشريعة ومأخوذةً منها؛ ليتحقق الحكم بما أنزل الله، وقد قال الله تعالى: {وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ} [المائدة: ٤٤]، وقال سبحانه: {وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ} [المائدة: ٤٥]، وقال أيضًا: {وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ} [المائدة: ٤٧].

وأن الحكم الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع[(١)]، وما لم يكن مأخوذًا من أدلة الشريعة فليس خطابًا من الله.

- الثاني: أن المصلحة المرسلة إنما يؤخذ بها عند عدم النص والإجماع، وأنه لا يُلجأ إليها إلا إذا ثبت عدم وجود نص من قرآن أو سنة أو إجماع.

ورتَّب على ذلك أنه لا يقبل أن يؤخذ القانون الوضعي المستمد من القانون الفرنسي وينسب إلى الفقه الإسلامي باسم المصالح المرسلة، وإن كان لا مانع من الاسترشاد به.

- الثالث: التراث ووصل الحاضر بالماضي؛ حيث إنَّ في الرجوع إلى الفقه الإسلامي رجوعًا إلى تراثنا ووصلًا للحاضر بالماضي وإقامةً للمستقبل على أساس مكين، وذلك يعبر عن الاعتزاز بالفقه الإسلامي وبالقضاء الإسلامي الذي تركه لنا أسلافنا.

- الرابع: أهمية المصدر حتى وإن تشابهت الحلول العملية؛ حيث يربط المصدر الناس بعقيدتهم وتراثهم، وهذا له أكبر الأثر في الإيمان بالقانون والعمل به عن رضا؛ لما للدين من عامل قوي في حمل الناس على الطاعة والامتثال.

كما أن مصدر النص يجر إلى المرجع في تفسيره كذلك.

ومن هنا قرَّر الدكتور/ محمد زكي عبد البر أن المنهج الصحيح هو الرجوعُ أصالةً وفي البداية إلى كتب الفقه الإسلامي، واستقاء الأحكام منها. مع تقريره أنه لا مانعَ من الاسترشاد بما عليه الحال في التقنينات، والاقتباس منها إذا وجدت في ذلك مصلحة شرعية استنادًا إلى أصل المصلحة المرسلة[(٢)].

(١) انظر في تعريف الحكم الشرعي: التوضيح لصدر الشريعة مع شرحه التلويح للتفتازاني (١/ ٢١، ٢٢) ط. مكتبة صبيح بمصر، بدون تاريخ، والذخيرة للقرافي (١/ ٥٩) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م، والمحصول في أصول الفقه للرازي (١/ ٨٩- ٩٢) بتحقيق الدكتور طه جابر فياض، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، بدون تاريخ، والبحر المحيط للزركشي (١/ ١١٧) بتحقيق ومراجعة عبدالقادر عبدالله العاني، ودكتور/ عمر سليمان الأشقر، وآخرين، ط. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م، وتحرير المنقول وتهذيب علم الأصول ص(١٠٣)، وأصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص(٣٢١).

(٢) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٢- ٨٧).

ونحن نوافقُه في مجمل ما ذكره، غير أن ذلك إنما يكون عند تطوير التقنينات تطويرًا شاملًا، لكن إذا كان الأمر لا يعدو إدخالَ بعض التعديلات والمراجعات على القوانين القائمة؛ فلا مانعَ من عرض موادِّها القائمة فعلًا على نصوص الشريعة ومبادئها العامة وقواعدها المقررة، وإذا ثبت عدم مخالفتها، مع كونها تحقق مصلحة معتبرة وتتفق ومقاصد الشريعة فهي من الشريعة؛ فكل ما يحقق مصلحة يكون من الشريعة، وقد قيل «حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله»[١]. وإن كان الأتم والأولى الاستقاء ابتداءً من الفقه الإسلامي بمجموعه مباشرة؛ ففيه الغنية والكفاية والأصالة.

وينبغي الإشارةُ هنا إلى أنَّ التقنين الذي نتحدث عن ضرورة استقائه من الفقه الإسلامي ابتداءً هو ما يتعلق بتقنين الأحكام، وهو الذي يُثبت لكل تصرف حكمًا.

وهناك نوع من التقنين للمراسم أو الأصول -على حد تعبير الأستاذ مصطفى الزرقا- وهي التي ترسم وتبيِّن الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها، ويطلق عليها أيضًا الأحكام الشكلية[٢].

يقول رحمه الله: «فجواز بيع عقار الصغير أو عدم جوازه مثلًا يدخل في قوانين الأحكام. أما لزوم إجراء عقده في المكتب العقاري وتسجيله في سجله فيدخل في قوانين المراسم، ومن هذا القبيل أيضًا قانون أصول المحاكمات الذي يسمى اليوم أيضًا قانون المرافعات؛ فإن جميع أحكامه هي من الأحكام الشكلية»[٣].

ثم يبيِّن طبيعة قوانين المراسم فيقول: «إن قوانين المراسم ضرورة لا بد منها؛ لأنها لا تستند إلى مبادئ الحقوق وقواعد العدل الثابتة، وإنما هي تدابيرُ تتصل بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادئ والقواعد.

وهذا التنظيم حقٌّ من حقوق أولياء الأمور العامَّة، ومن صلاحيتهم الزمنية يحولون ويبدلون من مجاريه دائمًا، على حسب ما يرون أنه أصلحُ وأضبطُ، فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود أو تقديم الدعاوى إلى الحكام، أو تسجيل الأحكام، أو تنفيذها، ثم يرون غدًا ما هو أسهلُ وأحوطُ وأفضلُ، فيعدلون إليه.

وقد يعيِّنون للتقادم (مرور الزمن) مدة، ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها، دون أن تتبدل أو تتغير المبادئ والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق.

---

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي (١/ ٢٣) ط. دار الفكر بدمشق، الطبعة الثانية عشرة.

(٢) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣٠).

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣٠).

ولذلك لم يأتِ التشريع الإسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم، إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة: كلزوم الإشهاد في عقد النكاح، وطريقة التلاعن بين الزوجين عندما يتهم الرجل امرأته بالزنا، وكالإرشاد العام إلى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة أو الرهن، وكأصول القضاء الأساسية من استماع الدعوى، وسؤال الخصم، وتكليف البينة أو اليمين»[١].

ويستمر الأستاذ الزرقا رحمه الله مبينًا الفرق بين النوعين، وأن الفقه الإسلامي أغنانا بقوانين الأحكام عن أي اقتباس من غيره، يقول: «أما قوانين الأحكام فقد أغنى التشريع الإسلامي عن كل اقتباس أساسي فيها عن أمة أخرى وتشريع غريب بما في الفقه الإسلامي الواسع الأفق من القواعد العامة المتنوعة، والأسس الثابتة التي رسخت فيها فكرة إحقاق الحق، وإزهاق الباطل، ودرء المفاسد وجلْب المصالح، واحترام الإرادات والعقود، ومنع الإكراه وإسقاط ما يترتب عليه، وإزالة الضرر، واعتبار الضرورات، ومسؤولية التسبُّب، وتنويع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن، واعتبار العرف والعادات في العقود والأعمال والالتزامات، إلى غير ذلك من المبادئ الأساسية الكثيرة المغنية في التشريع الإسلامي وفقهه.

وقد كان هذا الفقه الإسلامي ميدانًا لاجتهادات واسعة النطاق ضمن حدود الشريعة...، وهي لا تحصى عددًا ولا تضيق آراؤها ونظرياتها الحية عن حاجة تشريعية أبدًا... وأما ما يجدُّ حدوثه في التعامل مما لم يكن موجودًا، كشركات ضمان الأخطار المعروف اليوم باسم عقد التأمين أو (السوكرة)، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة التي تسمى الشركات المُغْفَلَة[٢]، إلى غير ذلك من المعاملات والأوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الأجنبية؛ فمن السهل جدًّا أن تخرَّج الأحكام اللازمة لها تخريجًا، وتولَّد توليدًا من أمهات الأصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس أو الاستصلاح، كما قام الفقهاء قديمًا بتخريج الأحكام وتوليدها لكثير من أنواع التعامل التي جدَّ حدوثها في أزمانهم، كبيع الوفاء، والاستصناع، والرهن المستعار[٣]، وغيرها من أساليب التعامل الحادثة التي فيها مشابه مركبة تحتاج أحكامها إلى تخريجات دقيقة على قواعد عديدة، وكما عالجوا وخرَّجوا أحكامًا وافية لحقوق القرار المنشأة على عقارات الأوقاف بعرف حادث»[٤].

---

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣٠، ٢٣١).

(٢) الشركات المغفلة التي يقصدها الأستاذ الزرقا هي - كما فسرها بالحاشية- التي يغفل فيها ذكر أسماء أصحابها أو الشركاء فيها، وتسمى باسم المشروع التي أنشئت لأجله، كشركة الغزل والنسيج، وشركة البترول، ونحوها، وأكثر المعاصرين يطلقون عليها شركات المساهمة.

(٣) الرهن المستعار -كما فسره الأستاذ الزرقا بالحاشية- هو أن يستعير الإنسان شيئًا من صديقه لا ليستعمله، بل ليرهنه ويستدين به. فيجتمع فيه موجبات متضادة؛ حيث إنَّ الإعارة عقد تبرع غير لازم فيفسخه المعير متى شاء، والرهن لازم صيانةً لحق الدائن المرتهن، كما أن العارية أمانة لا تضمن بالهلاك، والمرهون مضمون. وللحنفية تخريج فيه.

(٤) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣١- ٢٣٣).

المبحث الرابع

أهمية التقنين

يعتبر التقنين أحد المقوّمات الأساسية لأي دولة؛ فلا يسع مجتمعًا الآن أن يظلَّ بلا قانون واضح يشمل الجوانب المتعددة للمعاملات بين الناس.

فلا تستقيم الحياة ولا تستقرُّ بدون قانون يحدد أحكام المعاملات ويبين الحقوق والواجبات في جميع مجالات الحياة، وبين جميع الفئات.

ومن هنا تأتي أهمية تقنين الفقه الإسلامي؛ للإفادة بالموروث العظيم من اجتهادات الفقهاء المعتمدة على أدلة التشريع، وهذا وجهٌ من أوجه صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان وكل مكان.

ولقد أدَّى عدمُ وجود تقنين مأخوذ من الفقه الإسلامي ببعض الدول العربية والإسلامية إلى الأخذ بالقوانين الغربية بصفة عامة، والقانون الفرنسي بصفة خاصة.

ومما تسبب في ذلك تقاعسُ الفقهاء في ذلك الوقت عن الخروج عن طريقة التأليف المعهودة لدى أسلافهم، والمعتمدة على الشروح المطولة وسرد الآراء والأقوال المختلفة والأدلة التي يستدل بها كل رأي والمناقشات العلمية المطولة وغير ذلك مما لا يستطيعه المشرع الحديث ولا يناسب تسارع عجلة الحياة.

ومع ضرورة وجود تقنين يحكم تصرُّفات الأفراد والجماعات والدول، ويبين لكل فرد واجباته وحقوقه، اتجه أولو الأمر إلى القوانين الغربية يستمدون منها الحلول.

وقوَّى ذلك الاتجاه دعاة العلمانية والمولُّون وجوههم شطر الغرب والمفتتنون به.

ولذلك فإنَّ تقنين الفقه الإسلامي ضرورة تدعو إليها حياة المجتمعات الإسلامية، بما اكتنفها من تغيرات جوهرية عن العصور الأولى للإسلام التي كان فيها ولي الأمر أحد العلماء، ويمارس القضاء بنفسه؛ فلم تكن هناك حاجة للتقنين، بخلاف ما نحن عليه الآن[1].

(١) راجع: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٠-٢٨٢).

كما أنَّ التقنين هو الوسيلةُ العصريةُ لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ولكل عصر وسائله وما يناسبه.

ويمكن إجمال مبررات تقنين الفقه الإسلامي في النقاط التالية:

أولا: التقنين لا بد منه لتطبيق الشريعة الإسلامية:

منذ دخلت القوانينُ الوضعيةُ البلادَ الإسلامية والفقهاء لا يفتؤون ينادون بضرورة تطبيق الشريعة الإسلامية والرجوع إليها باعتبارها القانون الإلهي الذي ارتضاه الله سبحانه وتعالى لعباده، وأنها صالحة للتطبيق في كل زمان وكل مكان.

بيْدَ أن تلك الدعوة لا بد أن يقترنَ بها بيان الخطوات العملية لهذا التطبيق، لا أن تكون مجرَّد دعوات نظرية، لا مكان للخطوات العملية للتطبيق فيها.

وتطبيق الشريعة إنما يأتي بتقنين أحكامها المأخوذة من المصادر الشرعية، وفي مقدمتها الكتاب والسُّنة، ولَمَّا كان الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة يعتبر بمثابة التفسير والبيان والإيضاح لتلك الأدلة، كان على الفقهاء أن يقدموا هذا الفقه في صورةٍ حديثةٍ تناسب العصر والبيئة.

فليس مقبولًا أن ندعوَ إلى تطبيق الشريعة، ثم نتركَ القضاء تائهًا بين المذاهب الفقهية المختلفة، بل بين الآراء المتعددة في المذهب الواحد، مع الأخْذِ في الاعتبار أنَّ القضاة ليسوا كلهم قادرين على الغوص في كتب المذاهب الفقهية لاستخراج الحكم منها في الوقائعِ المنظورة لديهم، ولو توافرت لديهم القدرة لما أمكنهم ذلك لما سيتطلبه من الوقت والجهد، مع كثرة ما يحكمون فيه من القضايا.

ولا شكَّ أنَّ عدم تقنين الفقه الإسلامي يفسح المجال واسعًا للتقنينات الوضعية البديلة أن تحل محل الفقه الإسلامي؛ لأنَّ القضاءَ لا بد له أن يحكم فيما يعرض عليه؛ فإن لم يجد الفقه الإسلامي مهيَّئًا للحكم به سيلجأ إلى الفقه الوضعي لينجز مهمته[١].

وتطبيق التقنين المستمد من أحكام الشريعة وقواعدها ومبادئها العامة ومذاهبها الفقهية هو تطبيق للشريعة.

(١) راجع: الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره للدكتور/ عباس حسني محمد ص(٢٣٨- ٢٣٩) مطبوعات رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، ضمن سلسلة دعوة الحق، العدد رقم (١٠) للسنة الثانية ١٤٠٢هـ، الطبعة الثانية سنة ١٤١٤هـ.

يقول الدكتور/ محمد زكي عبد البر: «لم يعد سبيلٌ للحفاظ على تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد التي تطبقها، ولا لتطبيقها في البلاد الإسلامية التي لا تطبقها وتريد تطبيقها إلا التقنين، فالتقنين هو الوسيلة العصرية لتطبيق القوانين الآن؛ بحيث لم يعد الآن إمكان التطبيق عن طريق الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي؛ لما يلقاه الباحث فيها من عسر. وفي عدم اتباع هذه الوسيلة فتح السبيل أمام التقنينات الأجنبية للدخول في البلاد الإسلامية التي ما زالت تحكم بالشريعة الإسلامية، ولاستقرار التقنينات الوضعية في البلاد الإسلامية التي تطبق القانون الوضعي. شأن التقنين في ذلك شأن السيارة والطائرة أمام الخيل والبغال والحمير والإبل في السفر»(١).

ثانيًا: إشراف الدولة على حسن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية:

لا شكَّ أنَّ قيام الدولة بتقنين الفقه الإسلامي وإلزام القضاة بالحكم بمذهب معين أو قول معين من جملة الأقوال الموجودة في الفقه الإسلامي؛ بناءً على ما يختاره نخبةٌ من الفقهاء والعلماء الذين تعينهم الدولة لذلك -لا شكَّ أن هذا يضمن اختيار أكثر الأقوال مناسبةً للتطبيق وملاءمةً للعصر وتحقيقًا للمصلحة(٢)؛ وذلك أنَّ الاجتهاداتِ المبثوثةَ في المذاهب الفقهية ليست كلها مناسبةً للتطبيق في كل عصر، فالفقه علم مرتبطٌ بالواقع المجتمعي، ولا بد أن يواكِبَه ويواكب مستجداته، وإلَّا كان خارجًا عن الزمان والمكان، ولا يكون تخيُّر الرأي الفقهي المناسب وتطبيقُه والإلزام به إلا من جهة الدولة بما أُنيط بها من مسؤولية حفظ الدين وسائر الضرورات الخمس، ورعاية مصالح الناس.

ولا شكَّ أن قيام الدولة بتقنين الأحكام يضبط عملية اختيار الرأي الفقهي المناسب والأكثر تحقيقًا للمصلحة في الزمان والمكان المعينين، «فإن تقنين الفقه يؤدي إلى ضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصلح من الآراء المختلفة بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد، فماذا يفعل القاضي أمام هذا الحشد الهائل من اختلاف الفقهاء؟ أليس من الواجب حينئذٍ ونحن في عصر السرعة وتعقُّد المعاملات وكثرة القضايا المعروضة على المحاكم... أليس من المصلحة أن نيسِّر إصدار الحكم؟! إن الاجتهاد المطلوب من القاضي هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي المقنن على الوقائع المعقدة... أما الاجتهاد بالمعنى الأوسع فنتركه لمن يختار الأحكام عند التقنين»(٣).

(١) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٦٢).

(٢) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٣).

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩، ٣٢٠).

ثالثًا: توحيد الأحكام القضائية في الدولة:

لا شكَّ أن تقنين الفقه الإسلامي الذي يعتمد على اختيار قول واحد من الأقوال المتعددة والمختلفة الموجودة في الفقه الإسلامي يعمل على توحيد الأحكام القضائية في الدولة، ويمنع من تعدُّد الأحكام واختلافها من محكمة إلى محكمة، ومن قاضٍ إلى قاضٍ بما يساعد في تحقيق العدالة في القضاء، ويمنع من التلاعب فيها واختيار أيسرها أو أشدها أو أنسبها لواقعة بعينها[١].

وهذا بلا شكٍّ يحقق مقصدًا عظيمًا من مقاصد الشريعة، وهو العدلُ بين الناس، ويمنع الاختلافَ في الأحكام؛ لأنَّ الحكم المطبق مقرر من ولي الأمر، وبناءً على دراسات واسعة، ومقرر على العموم ليطبق على كل الموضوعات أو الدعاوى المتشابهة في عناصرها، بصرف النظر عن منزلة الخصوم الاجتماعية أو مكانتهم، فليس لهذا أي تأثير على القاضي؛ لعدم تخويله سلطة تقديرية في اختيار الحكم، وبهذا تقل الطعون في الأحكام ويقل التذمُّر منها[٢].

وهذا من سُنة الخلفاء الراشدين التي أُمِرْنا باتباعها في قول النبي صلى الله عليه وسلم: **((فَعَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْمَهْدِيِّينَ، عَضُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِذِ))**[٣]، فقد قام أبو بكر الصديق رضي الله عنه بجمع القرآن وكتابته، وأمر عثمانُ بن عفان رضي الله عنه بتوحيد المصاحف وجمع المسلمين على مصحف واحد، وحرق ما عداه، وكذلك صنع عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه في مسائلَ عديدة. وهذا كلُّه إلزام من ولي الأمر بما له من سلطة خوَّله الله إياها[٤].

ويؤكد الأستاذ مصطفى الزرقا أهمية توحيد الأحكام القضائية في الدولة الواحدة للقضاء على فوضى القضاء، ولكي يكون طريق القضاء سويًّا واضحًا أمينًا متمشيًا مع المصلحة الشرعية والعملية.

ثم يلاحظ «أنه إذا صحَّ ما يقوله مؤرخو نشأة المذاهب الفقهية وانتشارها من أنَّ أبا يوسف القاضي صاحب أبي حنيفة حينما جعله الرشيد رئيسًا للقضاء، وربط به القضاء كان لا ينصِّب قاضيًا إلا من أتباع مذهب أبي حنيفة؛ فإن عمله هذا يدلُّ على بصيرةٍ نافذةٍ وإدراكٍ عميقٍ لمصلحة القضاء والمتقاضين؛ لأنه الطريق الوحيد لتوحيد الحكم القضائي الواجب عندما لا يكون الفقه مقننًا»[٥].

---

(١) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٣)، وأيضًا: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٣٠).

(٢) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٤).

(٣) رواه أبو داود في السنة، باب في لزوم السنة، رقم (٤٦٠٧)، والترمذي في العلم، باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع، رقم (٢٦٧٦)، وابن ماجه في مقدمة سننه، باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين، رقم (٤٢، ٤٤)، وأحمد (٤/ ١٢٦- ١٢٧) كلهم من حديث العرباض بن سارية. قال الترمذي: حسن صحيح.

(٤) تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» ص(٣٣، ٣٤).

(٥) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩).

رابعًا: معاونة القضاة والتيسير عليهم:

وذلك حيث يقومُ القضاة بالحكم والفصْل بين المنازعات وفقًا للقانون المأخوذ من الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة، دون تكليفهم عناءَ البحثِ والغوْصِ في أمهات الكتب الفقهية، وهو أمرٌ يصعب على كثير منهم؛ لغرابة طرق التأليف لدى الفقهاء القدامى عما هو مألوف الآن.

«فمن المعروف أن كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغص باختلاف الآراء في القضية الواحدة، وهذا يجعل غيرَ المتخصص (وهم أكثر الناس) في حَرَجٍ وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي، فإذا ما قُننت أحكامُ الفقه بعبارة سهلة مألوفة ورُتبت ترتيبًا ميسرًا فعندئذ يسهل على القاضي والفقيه والمحامي والمثقف العادي معرفةُ أحكامِ الشريعة في العقود والمعاملات... وربما يَزْهَدُ الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء، مفضِّلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية المذللة الطريق في مراجعها وموسوعاتها»[(١)].

فتقنينُ الفقه الإسلامي يؤدي إلى تيسير الفصْل في المنازعات دون تأخير، إلَّا بما تقتضيه إجراءات التقاضي بدلًا من ترْكِ القضاة يضطرون لتأجيل الفصل إلى وقت قد يطول أو يقصر لكي يتمكنوا من الرجوع إلى الآراء والأحكام الفقهية لاختيار القول المناسب أو الراجح بحسب ظروف كل قضية؛ لأن التسرُّع في إصدار الأحكام قد يؤدي إلى نتائجَ لا تتفق والعدالة[(٢)].

وخصوصًا إذا كثرت القواعد القانونية نتيجة ازدياد تدخُّل الدولة في تنظيم العلاقات لتعقد الحياة وتشعبها، مما يحتِّمُ على الدولة التدخُّل في كثير من الأمور التي لم تكن تتدخل فيها فيما مضى؛ مما يترتب عليه تعذُّر الإحاطة بتلك القواعد، واحتمال وقوع التعارُض بينها، ولا علاجَ لذلك إلا التقنين[(٣)].

خامسًا: صون القضاة عن أية تأثيرات شخصية أو خارجية:

كذلك فإنَّ وجودَ قانونٍ ملزمٍ للقضاء به لا يجعل للقاضي مجالًا في اختيار الحكم أو ترجيحه لواقعة معينة، وإنما يقتصر دَوره على تحقيق مناطِه على الوقائعِ المنظورة فحسب.

وفي هذا حمايةٌ للقضاة، وصونٌ لسمعة القضاء، وإبعادٌ لأية شكوكٍ أو شبهات عنه؛ لأنه يطبقُ نصوصًا محددةً ليس له سلطة تقديرية في اختيارها[(٤)].

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩) نقلا عن الدكتور/ وهبة الزحيلي في كتابه تقنين الفقه الإسلامي.

(٢) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٣، ٢٨٥). وراجع كذلك: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩، ٣٢٠)، وتقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٢، ٢٣)، وضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٣٠).

(٣) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٣).

(٤) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٣).

كما فيه سدٌّ لذرائع الفساد والمحاباة أو التعسف ونحوها التي يمكن أن تثار لو أن القاضي ليس لديه ما يقضي به، أو له صلاحية الاختيار من آراء عديدة ربما تكون متناقضةً في الحكم أحيانًا.

سادسًا: تمكين أفراد المجتمع عامة وأصحاب الدعاوى والمظالم خاصة من معرفة الأحكام المقننة:

وهذا من بديهيات قواعد النظام اليوم في العالم أن المواطن المكلف له الحقُّ في معرفة القوانين التي تطبق في دولته؛ ليعرف ما له وما عليه، وهذا ما يطلق عليه مبدأ «علنية النظام»، فكل نظام يراد تطبيقه على المكلفين يجب أن يكون معلنًا إليهم بجميع قواعده وأحكامه قبل سريانه عليهم ونفاذه فيهم، وإلَّا لكان مكلفًا بالالتزام بنظام غير معلن وغير معروف، وهو ممتنع شرعًا وعقلًا.

وعلنية النظام هي طريق معرفته، ولا يضر بعد الإعلان جهل بعض الأفراد بالقانون؛ لأن هذا مرجعه التقصير في المعرفة، إما بالنفس أو بسؤال المختصين.

واليوم تلجأ الحكوماتُ للإعلان عن القوانين في الجرائد الرسمية التي تصدرها[١].

ووجودُ تقنينٍ واضحٍ ومحدد يجعل من السهل على المكلفين معرفته والوقوف عليه، وهذا بلا شك يجعلُهم أكثرَ اطمئنانًا على تحقيق العدالة والمساواة، والحصول على حقوقهم، دون النظر إلى أية اعتبارات أخرى اجتماعية أو شخصية أو عرقية[٢].

ويقول الدكتور/ محمد زكي عبد البر في سياق حديثه عن مزايا التقنين، وما أعقب صدور التقنينات المختلطة والأهلية في مصر أواخر القرن التاسع عشر: «كانت الحالة في مصر قبل صدور التقنينات سنة ١٨٧٦ وسنة ١٨٨٣ سيئة؛ فلقد كان القضاء فوضى، والقوانين غير محددة ولا معروفة، والعدل يوزع في البلاد توزيعًا سيئًا، فأعقب النظام الفوضى، وتنفست البلاد الصعداء؛ إذ شعرت أنها تستقبل عهدًا جديدًا من الإصلاح، ولم يكن لأحدٍ أن يطمعَ في أن تنتقل البلاد طفرة واحدة إلى درجة الكمال في التشريع والقضاء، ويكفي أن تكون تشريعات ذلك العهد فاتحة لرقي حقيقي كسبته البلاد في تشريعاتها ونظمها القضائية، فقوانين «الإصلاح» المختلطة والأهلية رغم عيوبها كانت تحسنًا ملحوظًا بالنسبة لسيئات الماضي؛ فقد نشر في «الوقائع المصرية» في عددها الصادر في الثالث من صفر سنة ١٢٩٨هـ (الرابع من يناير سنة ١٨٨١) رقم ١٠٠٣ ما يأتي: إصلاح قوانين المجالس المحلية: أقبلت علينا بشائر الإصلاح؛ إذ ورد إلينا من مقام رسمي أنَّ قوانين إصلاح المجالس المحلية قد قرب انتهاؤها، وأن العمل بموجبها سيشرع فيه عما قريب، ولا ريبَ أنَّ هذا يكون من أعظم الإصلاحات

(١) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٤، ٣١٥).

(٢) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٣، ٢٨٤)، وراجع أيضًا: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٢، ٢٣)، وضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٣٠).

التي أسستها هيئة الحكومة الحاضرة؛ فإنَّ اختلال القوانين وإجمالها وإبهامها ونقصها مما يؤدي إلى ضياع الحقوق، وامتداد يد التعدي، ويوجب تعطيل الأعمال وكثرة الارتباك، فإذا تعينت الحدود، وتبينت وجوه الأعمال، ووقف كلُّ أحد على ما رسم به القانون، سارت الأعمال على الاستقامة، وقوي الضبط، وقل الخلط والخبط، خصوصًا إذا انتشرت القوانين وصارت في أيدي العامة والخاصة يتداولونها ويدركون مغزى ما كتب بها، وقد كان الناس في حرجٍ وضيقِ صدرٍ من تشتُّت القوانين واللوائح والتعليمات وعدم وجود قاعدة ثابتة وقانون واحد يقف عليه كل شخص حتى لا يكون لعديم الذمة قدرة على محاولته»[١].

سابعًا: الإعانة على دراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة:

فتطبيق الفقه الإسلامي عن طريق تقنينه وتطبيقه على أرض الواقع يسهل دراسته دراساتٍ مقارنةً، والموازنة بينه وبين غيره من الآراء، ويعين عليها، وينشطها، ويظهر مزايا وعيوب ما تم اختياره من المذاهب الفقهية، ومن ثم يتيح للمشرع أن يراجع ما قام باختياره من الآراء الفقهية، ويوازنها بغيرها طلبًا للأصلح والأنسب للزمان والمكان المعينين، ما دام ذلك في إطار المقبول من الآراء الفقهية وما تدل عليه النصوص، ولا يصادم المقررات العامة والمبادئ الكلية ومقاصد الشريعة.

وهذا كله يثري الحياة الفقهية، ويزيد من نشاطها، ويستنفر الفقهاء لتقديم دراسات مقارنة معمقة تهدف لبيان الراجح من الأقوال والمذاهب، وإظهار مزايا وعيوب كل قول[٢].

(١) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٤، ٢٥).

(٢) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٥).

المبحث الخامس

تاريخ التقنين

قضية التقنين والحاجة إليه ليست وليدة العصر الحديث، وإنما هي قديمة جدًّا، فقد ظهرت في القرن الثاني الهجري في أوائل عصر الدولة العباسية، حين كتب ابن المقفع إلى الخليفة أبي جعفر المنصور رسالةً دعا فيها إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار يؤخذ من الكتاب والسنة، وعند عدم النص يؤخذ من الرأي على ما يقتضيه العدل ومصلحة الأمة؛ لما لاحظه من تباين الآراء واختلاف الحكم في المسألة الواحدة، وفيها يقول: «مما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المِصْرَيْنِ -يعني الكوفة والبصرة- وغيرِهما من الأمصار والنواحي اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرًا عظيمًا، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل أقضية رأيه، ونهى عن القضاء بخلافه، فكتب بذلك كتابًا جامعًا، رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكمًا واحدًا صوابًا»[١].

وقد وافقه الخليفة أبو جعفر المنصور على صواب تلك الفكرة، ولما كان قد شغلته أعباء الحكم عن التفرغ لمثل هذا، **طلب من الإمام مالك بن أنس** عالم المدينة أن يضع له فقهًا يقصد فيه إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة، متجنبًا شدائد ابن عمر، ورُخص ابن عباس، وشوارد ابن مسعود، وأن يدوِّن من ذلك كتبًا وقال له: «لنحمل الناس على عملك وكتبك، ونبثها في الأمصار ونعهد إليهم ألا يخالفوها»[٢]، لكنَّ الإمام رفض قائلًا: «إن لكل قوم سلفًا وأئمةً»، وفي رواية أنه قال: «ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين أن تحمل الناس على قول رجل واحد يخطئ ويصيب، وإنما الحق من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد تفرقت أصحابه في البلدان، وقلَّد أهلُ كلِّ بلد مَنْ صار إليهم، فأقِرَّ أهلَ كلِّ بلد على ما عندهم»[٣].

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(١٠٧) نقلا عن: تاريخ القضاء في الإسلام لعرنوس ص(٨٤، ٨٥). وذكره أيضًا الدكتور/ شوقي ضيف في تاريخ الأدب العربي (٣/ ٥١٧، ٥١٨) ط. دار المعارف بالقاهرة، الطبعة الأولى في سنوات متعددة.

(٢) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٣، ٣٤٤).

(٣) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٣/ ١٥٨، ١٥٩).

قال القاضي عياض: «إن أبا جعفر قال له -أي: للإمام مالك-: إني عزمتُ أن أكتب كتبك هذه نسخًا، ثم أبعث إلى كل مصر من أمصار المسلمين بنسخة، آمرهم بأن يعملوا بما فيها، ولا يتعدوها إلى غيرها من هذا العلم المحدث؛ فإني رأيت أصْلَ العلم رواية أهل المدينة وعملهم. فقلت: يا أمير المؤمنين! لا تفعلْ؛ فإنَّ الناس قد سبقت لهم أقاويلُ، وسمعوا أحاديثَ وروايات، وأخذ كلُّ قومٍ بما سبق إليهم، وعملوا به ودانوا له من اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم، وإنَّ ردَّهم مما اعتقدوا شديد، فدعِ الناسَ وما هم عليه، وما اختار أهلُ كلِّ بلد لأنفسهم. فقال: لو طاوعتني على ذلك لأمرتُ به»[١].

ولما تكررت الدعوة من الخليفة هارون الرشيد أصرَّ الإمام مالك على موقفه، وقال: «دع الناسَ وما يعرفون؛ فإنَّ أصحابَ رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان»[٢].

وصحيح أن الإمام مالكًا رفض، وأن هذا الاقتراح المتكرر لم يجد له رواجًا في ذلك الوقت؛ لرفض الفقهاء أن يتحملوا تبعة إجبار الناس على تقليدهم، وهم الذين يحذِّرون تلاميذهم من التعصب لآرائهم، كما أنهم تورعوا وخافوا أن يكون في اجتهادهم خطأ؛ فيتحملوا تبعته[٣]، لكن يؤخذ من هذا أن أبا جعفر المنصور وهارون الرشيد كانا يريانِ أنه من حقهما جمع الناس على رأي اجتهادي واحد، وحمل الناس عليه وإلزامهم به ونهيهم عن الأخذ بغيره مما يخالفه، ولو كان معمولًا به من قبل[٤].

وأيًّا ما كان الأمر فإن فكرة التقنين الإلزامي الرسمي لم يقدَّر لها أن تطبَّق في ذلك الزمن، وإن كان انتشار وسيادة بعض المذاهب الفقهية في بعض البلدان والنواحي وتولي فقهاء هذا المذهب أو ذاك القضاء بها يمكن اعتباره نوعًا من التقنين العرفي، وإن لم يكن في صورة قوانين كتلك التي نعرفها في زمننا، أو يكون له صفة الإلزام من قبل الدولة. وذلك كسيادة المذهب الحنفي في بلاد المشرق في عهد الدولة العباسية منذ أن تولَّى أبو يوسف صاحبُ أبي حنيفة القضاءَ لبني العباس في عهد هارون الرشيد؛ فإنه ما كان يولِّي قاضيًا إلا إذا كان على مذهب أبي حنيفة، وكسيادة المذهب المالكي في بلاد المغرب العربي وشمال إفريقية، وسيادة المذهب الشافعي في بلاد الشام ومصر وغيرها على نطاق كبير في العديد من الفترات، وسيادة المذهب الزيدي في اليمن منذ القرن الثالث الهجري، وسيادة المذهب الإمامي في بلاد فارس (إيران حاليًّا) منذ قرون، وسيادة المذهب الظاهري في المشرق ثم في الأندلس وشمال إفريقية في بعض الفترات، وسيادة المذهب الإباضي في عُمان منذ قرون طويلة؛ فهذا كله يُعتبر بوجهٍ ما صورةً من صور التقنين العرفي كما ذكرنا[٥].

(١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض (٢/ ٧٢) بتحقيق ابن تاويت الطنجي، وعبد القادر الصحراوي، ومحمد بن شريفة، وسعيد أعراب، ط. مطبعة فضالة بالمغرب، الطبعة الأولى في سنوات متعددة ما بين ١٩٦٥م، و١٩٨٣م.

(٢) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(١٠٧، ١٠٨).

(٣) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(١٠٧).

(٤) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٤).

(٥) انظر: تقنين الفقه الإسلامي بين المؤيدين والمعارضين «دراسة تأصيلية» ص(٧). وراجع للوقوف على سيادة وانتشار المذاهب الفقهية في البلاد: جغرافية المذاهب الفقهية للدكتور/ هشام يسري العربي، في مواضع متفرقة منه.

وظلَّ الأمر على ذلك حتى قيام **محاولة شبه تقنينية**، وهي ظهور **الفتاوى الهندية**، وذلك أن السلطان الهندي محمد أورنك زيب، الملقب بعالمكير (أي فاتح الهند) الذي تولى حكم الهند سنة ١٦٥٨م (حوالي ١٠٦٩هـ) وكان عالما فقيهًا أراد تيسير الرجوع إلى أحكام الفقه في الفتيا والقضاء؛ لكثرة الكتب والتآليف مما يجعلُ من الصعب على الباحث الإحاطة بها؛ فألَّف في سنة ١٠٧٣هـ لجنة لذلك عُرفت بمجلس الفقهاء، برئاسة الفقيه الملا نظام الدين برهان بوري، ومعه ما يقرب من أربعين فقيهًا من أكابرِ فقهاء عصره، من القضاة والمفتين والعلماء الراسخين، وهيأ لهم مكتبة حافلة، وأجرى لهم جراية كافية ليتفرغوا لهذا العمل، وأمرهم أن يجمعوا أحكام الفقه في شتَّى الموضوعات، ولا سيما ما يتصلُ بالمعاملات والقضاء والإدارة والتوثيق، تلك الأحكام المبعثرة في شتى كتب الفقه مما لا تصل إليه كل يد، وأن يودعوها في كتاب جامع باللغة العربية، تعرض فيه الأحكام الفقهية بتنسيقٍ وترتيبٍ وتبويبٍ وتنقيحٍ يجعلها سهلةَ المتناوَل، وذلك مع عزو كل حكم إلى مرجعه المأخوذ منه.

ورصد لهم ميزانية كافية لتمويل المشروع، وكان يشرف عليهم بنفسه، وأتموا الكتاب في ثماني سنوات، فكان الفتاوى الهندية أو الفتاوى العالمكيرية التي أصدر السلطان مرسومًا بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء الإمبراطورية، والعمل بها في الدوائر القضائية.

وهي على المذهب الحنفي باعتباره المذهب السائد في الهند.

وهذه الفتاوى لم تكن قانونًا بالمعنى المعروف الآن، فلم تتم صياغتها كالقوانين، إنما هي كتاب فقهي جامع للأحكام والمسائل من العبادات والمعاملات، لكنه يشبه إلى حد ما صياغة القوانين إجمالًا في بعض وجوه أسلوب الصيغة القانونية، وفي الخلو من الأدلة الأصولية ومناقشاتها، والاقتصار على قول واحد في حكم المسألة هو القول الراجح في المذهب الحنفي؛ فبذلك اقترب من التقنين، لكنه إلى كتب الفروع الفقهية أقرب، لا سيما أنه اشتمل على أحكام العبادات، خلافًا لما يكون عليه التقنين من الاقتصار على المعاملات[(١)].

وظلَّت الحال كذلك حتى أواخر عصر الدولة العثمانية حين اتجهت الحكومة العثمانية في أواخر القرن الثالث عشر الهجري إلى إخراج قانونٍ للمعاملات المدنية مقتبسٍ من الفقه الإسلامي، مع التقيُّد بالمذهب الحنفي، ومع مراعاة مصالح الناس وروح العصر، دون تقيُّد بالرأي الراجح في المذهب، وقد شكلت لجنة لذلك برئاسة أحمد جودت باشا وزير العدلية بالدولة العثمانية، وتم وضع مجموعة من الأحكام الفقهية في صورة موادَّ قانونيةٍ، فيما عُرف بـ «**مجلة الأحكام العدلية**».

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٣٥-٢٣٨).

يقول الأستاذ/ مصطفى الزرقا رحمه الله: «ولما بدئ بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية، وأصبح يعود إليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوى، كانت قبل ذلك ترجعُ إلى المحاكم الشرعية، ودعت الحاجة إلى تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على الحكام غير الشرعيين، وتعريفهم بالأقوال القوية المعمول بها من الضعيفة المتروكة، دون أن يغوصوا على ذلك في كتب الفقه الواسعة النطاق -صدرت إرادة سنية سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية التي هي أكبر من غيرها دورانًا في الحوادث، فوضعت اللجنة في سنة (١٢٨٦ للهجرة) هذه المجموعة منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة؛ ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها، فجاء مجموعها في (١٨٥١) مادة، وقد أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها... وقد صدرت الإرادة السنية السلطانية في شعبان (١٢٩٣هـ) بلزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة»[١].

ولهذه المجلة أهمية كبرى؛ حيث تمثل أول تقنين للفقه الإسلامي، ولذلك يجعلها كثير من مؤرخي الفقه الإسلامي بدايةً للعصر الحديث، أو عصر النهضة الفقهية المعاصرة؛ حيث مثَّلت تغيُّرًا في طريقة التأليف الفقهي. ولأنها كذلك وُضِعَتْ بتوجيه رسمي من الدولة، وتم تطبيقها على جميع أرجاء الدولة العثمانية والأقطار التي كانت تابعة لها بقوة الدولة.

وقد اشتملت المجلة على (١٨٥١) مادة سهلة المأخذ بعيدة عن الاختلافات، وتناولت هذه المواد أحكام البيوع، والإجارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، والأمانات، والهبة، والغصب، والإتلاف، والحجر، والإكراه، والشفعة، والشركات، والوكالة، والصلح، والإبراء، والإقرار، والدعوى، والبينات، والتحليف، والقضاء.

وقد أصبحت هذه المجلة قانونًا نافذًا ملزمًا لجميع رعايا الدولة العثمانية منذ سنة (١٢٩٣هـ/ ١٨٧٦م)[٢]، وطبعت الطبعة الأولى في القسطنطينية سنة (١٢٩٧هـ).

كما ظهر سنة (١٣٢٦هـ) في الدولة العثمانية أيضًا قانون العائلات الذي يختصُّ بالزواج والفرقة، وقد أخذ في كثير من المسائل من غير المذهب الحنفي: كفساد زواج المكره، وبطلان طلاقه[٣].

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٢٦، ٢٢٧).

(٢) راجع: المدخل الفقهي العام (١/ ٢٢٥- ٢٢٨، ٢٣٨- ٢٤١)، والمدخل للفقه الإسلامي ص(١٠٨- ١١٠)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد الحسيني حنفي ص(١٣٤) ط. دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٧٣م، والتشريع الإسلامي: جذوره الحضارية وأدواره التاريخية للدكتور/ عبد الجواد خلف ص(٣٤٥، ٣٤٦) ط. دار البيان بالقاهرة سنة ٢٠٠٣م.

(٣) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(١١٠)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ الحسيني حنفي ص(١٣٤)، وراجع أيضًا: المدخل الفقهي العام (١/

ويعتبر هذا القانون أصلَ أغلبِ قوانين الأحوال الشخصية بالبلاد العربية والإسلامية.

وفي مصر رفض الخديوي إسماعيل الأَخْذَ بقانون مجلة الأحكام العدلية رغبةً في الاستقلال، وتخلصًا من التبعية للدولة العثمانية، وكان أن أُنشئت المحاكمُ المختلطة قبل صدور المجلة، وبدأ العملُ بها بعد عام واحد (سنة ١٨٧٥م)، ووُضعت لها تقنينات مأخوذة من التقنينات الفرنسية؛ حيث كانت هذه المحاكم تختصُّ بالفصْل في المنازعات المدنية بين المصريين والأجانب، وبين الأجانب الذين ليسوا من جنسية واحدة؛ حيث كانت المعاهدات الدولية بين مصر والدول الأوربية تمنع أن يحاكم رعايا تلك الدول إلى المحاكم الشرعية، فضلًا عن الضغوط الخارجية التي كانت تمارس على مصر، والتي انتهت بالاحتلال الإنجليزي لمصر سنة ١٨٨٢م.

ثم أُنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣م على غرار المحاكم المختلطة؛ ليتحاكم المصريون بعضهم مع بعض بمثل ما يتحاكمون مع الأجانب في المحاكم المختلطة، ووضعت لها التقنينات الأهلية كذلك، نقلًا عن التقنينات المختلطة المأخوذة من التقنينات الفرنسية[١].

وساعد على هذا الاتجاه عدم وجود تقنين للشريعة الإسلامية، وصعوبة الرجوع لكتب الفقه الإسلامي، وتحرُّج بعض الفقهاء من تغيير طريقة التأليف الفقهي المعهودة.

وقد أحدث ذلك ضجةً في أوساط الفقهاء، فانبرى الفقيه **محمد قدري باشا** (المتوفى سنة ١٣٠٦هـ/ ١٨٨٨م)[٢] لعمل مجموعة من القوانين أخذها من المذهب الحنفي الذي كان سائدًا في البلاد، فكتب «**مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**» في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ملائمًا لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية، في (٩٤١) مادة، وطبع سنة ١٣٠٨هـ/ ١٨٩٠م في المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق.

كما كتب «**قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف**» في أحكام الوقف في (٦٤٦) مادة، طبع في مطبعة بولاق سنة ١٨٩٤م، و«**الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**» والوصي والحجر والهبة والوصية والمواريث في (٦٤٧) مادة، وهذا كلُّه جهد فردي منه رحمه الله تعالى.

---

٢٤٠).

(١) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص (٢٠١-٢٠٣).

(٢) راجع ترجمته في: الأعلام للزركلي (٧/ ١٠) ط. دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢م، ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٣/ ٦٠٠، ٦٠١) ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

فكان هذا تطورًا كبيرًا في انتهاج طريقة جديدة في التأليف الفقهي، تقدم الأحكام الفقهية في صورة سهلة ميسورة، لا خلاف فيها ولا تدليل ولا تعليل.

وكان طبيعيًّا أن ينبري الكثير من الفقهاء لشرح تلك التقنينات الجديدة، وكان نصيب مجلة الأحكام العدلية من ذلك نصيب الأسد -كما يقال- فوصل عدد شروحها ما بين مخطوط ومطبوع إلى أكثرَ من مائة شرح كما يقول الدكتور/ محمد كمال الدين إمام[١].

من أشهر هذه الشروح: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر أفندي، وكتبه باللغة التركية، وقام بتعريبه فهمي الحسيني المحامي. وشرح محمد خالد الأتاسي، وشرح محمد سعيد بن أبي الخير المحاسني، وشرح سليم بن رستم بن إلياس اللبناني، وشرح عبد الستار أفندي، وشرح منير القاضي، وغيرها.

كما شرح قواعدَها التي صُدِّرَتْ بها المجلة الشيخ أحمد الزرقا في كتابه الشهير «شرح القواعد الفقهية».

أما مرشد الحيران فشرحه محمد زيد بك الإبياني ومحمد سلامة بك، وطبع سنة ١٣٢٥هـ/ ١٩٠٨م بمطبعة الواعظ بالقاهرة، ثم طبع سنة ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٥م بمطبعة المعارف ببغداد.

كذلك شرح محمد زيد الإبياني الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

ومن بواكير التقنينات التي ظهرت أيضًا: **مجلة الالتزامات والعقود التونسية** التي وضعها جماعة بمشاركة أساتذة فرنسيين وإيطاليين، منهم الأستاذ/ سانتِلانا، فيما بين عامي ١٨٩٦، و١٩٠٦م[٢].

ومجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل التي ألفها أحمد بن عبد الله القاري (رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة) سنة ١٣٤٣هـ (١٩٢٤م)، وطبعت بتحقيق الدكتور/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، والدكتور/ محمد إبراهيم أحمد علي، في جدة سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

وجهود **مخلوف المنياوي** في مصر كذلك فيما يتعلَّق بالمذهب المالكي. وما قام به **محمد جواد مغنية** في المذهب الجعفري[٣].

(١) انظر: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي «مدخل منهجي» ص(٢٩١) ط. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

(٢) انظر: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي «مدخل منهجي» ص(٢٩٠- ٢٩١)، وضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي لتطبيق الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبد الحميد البعلي ص(٦١).

(٣) راجع: مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي «مدخل منهجي» ص(٢٩٢، ٢٩٣).

ثم تتابعت **القوانين** خاصة في الأحوال الشخصية منذ سنة (١٩١٥م) حينما شُكِّلت لجنة لوضع تقنين لأحكام الأحوال الشخصية، وقدمت مشروعًا بذلك سنة (١٩١٦م) لكن لم يصدر به قانون لمعارضة بعض العلماء له، ثم صدر القانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٠م) بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية كالتطليق والعدة والمفقود، والقانون رقم (٥٦ لسنة ١٩٢٣م) بشأن وضع حد أدنى لسن الزواج، ثم صدر المرسوم بقانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩م) بخصوص بعض أحكام الأحوال الشخصية، ثم المرسوم بقانون رقم (٧٨ لسنة ١٩٣١م) المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، ثم قانون المواريث رقم (٧٧ لسنة ١٩٤٣م)، وقانون الوقف رقم (٤٨ لسنة ١٩٤٦م)، وقانون الوصية رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م)، والمرسوم بقانون رقم (١١٨ لسنة ١٩٥٢م) بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس، والمرسوم بقانون رقم (١١٩ لسنة ١٩٥٢م) بأحكام الولاية على المال، ثم القانون رقم (٤٤ لسنة ١٩٧٩م) بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، ثم القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٨٥م) بتعديل بعض الأحكام كذلك، ثم القانون رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م) بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والقرارات المكملة لها[١].

وظهرت أجيال من الفقهاء ممن جمعوا بين العلوم الشرعية والقانونية، وقادوا حركة النهضة الفقهية وعملوا على ربطها بالقانون واستقاء مواده من المذاهب الفقهية، وتناولوا مجلة الأحكام العدلية وغيرها بالشرح، وقدموا محاولات ودراسات جيدة في تقنين الفقه الإسلامي.

من هؤلاء محمد زيد الإبياني، ومحمد سلامة، وأحمد أبو الفتح، وأحمد إبراهيم بك، ومن بعدهم عبد الوهاب خلاف، وفرج السنهوري، وسيد عبد الله حسين، وعلي الخفيف، ومحمد أبو زهرة، ومحمد يوسف موسى، ومحمد مصطفى شلبي، ومحمد زكي عبد البر، ومحمد سلام مدكور، وصوفي أبو طالب، وعبد الحليم الجندي، ومن تلاهم من الأساتذة.

بالإضافة إلى ما قام به **مجمع البحوث الإسلامية** بالأزهر الشريف في محاولة جادة منه لتقنين الفقه الإسلامي، والتي أصدر فيها أجزاء عديدة في تقنين الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة المعتمدة، كل على حدة[٢].

(١) راجع: المدخل للفقه الإسلامي ص(١١٠- ١١٥)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ الحسيني حنفي ص(١٣٤- ١٣٨)، وتطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية للدكتور/ صوفي أبو طالب ص(٣، ٢٦٧، ٢٦٨) ط. دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م، ودراسات في الأحوال الشخصية للدكتور/ محمد بلتاجي ص(٨، ١١) ط. دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى لها ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

(٢) انظر في الكلام عليها: التشريع الإسلامي جذوره الحضارية وأدواره التاريخية ص(٣٥١، ٣٥٢).



ضرورة التقنين

ويشمل ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: طاعة ولي الأمر.
- المطلب الثاني: سلطة ولي الأمر في رفع الخلاف.
- المطلب الثالث: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح.

المطلب الأول: طاعة ولي الأمر:

ولي الأمر مركب إضافي، أضيف فيه لفظ (ولي) إلى لفظ (الأمر)، ولكي يتبين معناه لا بد من تعريف جزءيه كلٍّ على حِدة أولًا، ثم نبين المقصود بالمركب الإضافي باعتباره مصطلحًا بعد ذلك.

الولي في اللغة: من وَلِيَ الشيءَ ووَلِيَ عليه وِلاية ووَلاية. قال سيبويه: الوَلاية بالفتح المصدر، والوِلاية بالكسر الاسم، مثل الإمارة والنِّقابة؛ لأنه اسم لما توَلَّيته وقُمْتَ به فإذا أرادوا المصدر فتحوا.

وقال ابن السكيت: الوِلاية بالكسر السلطان، والوَلايةُ والوِلاية النُّصرة. يقال: هم عليَّ وَلايةٌ أي مجتمعون في النُّصرة.

والولي يطلق على عدة معانٍ، أهمها: الرَّبُّ والمالِك والسَّيِّدُ والمُنْعِم والمُعْتِقُ والنَّاصِر والمُحِبُّ والتَّابع والصَّدِيق والنَّصِير والجارُ وابن العَم والحَلِيفُ والعَقِيدُ والصِّهْرُ والعَبْدُ والمُعْتَقُ والمُنْعَمُ عليه.

وكلُّ من وَلِيَ أمرًا أو قام به فهو مَوْلاه ووَلِيُّه. قال: وقد تختلف مصادر هذه الأَسماءِ؛ فالوَلايةُ بالفتح في النسب والنُّصْرة والعِتْق، والوِلايةُ بالكسر في الإمارة، والوَلاءُ في المُعْتَق، والمُوالاةُ من والى القومَ. والوَلِيُّ: ضدُّ العدوِّ.

ومنه أيضًا: وليُّ اليتيم: الذي يلي أمرَه ويقوم بكِفايته. ووَلِيُّ المرأةِ: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يَدَعُها تسْتَبِدُّ بعقد النكاح دونه.

قال الفرَّاء: والوَلِيُّ والْمَوْلى واحد في كلام العرب. والْمَوْلى: العَصَبةُ، ومن ذلك قوله تعالى: {وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِي}[١].

وَوَلِيتُ الْأَمْرَ أَلِيهِ بِكَسْرَتَيْنِ وِلَايَةً بِالْكَسْرِ: تَوَلَّيْتُهُ، وَوَلِيتُ الْبَلَدَ وَعَلَيْهِ، وَوَلِيتُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ، فَالْفَاعِلُ وَالٍ وَالْجَمْعُ وُلَاةٌ.

وَالْوِلَايَةُ بِالْفَتْحِ وَالْكَسْرِ النُّصْرَةُ، وَاسْتَوْلَى عَلَيْهِ: غَلَبَ عَلَيْهِ وَتَمَكَّنَ مِنْهُ.

وَالْوَلِيُّ فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ، مِنْ وَلِيَهُ إذَا قَامَ بِهِ. وَمِنْهُ قول الله تعالى: {ٱللَّهُ وَلِيُّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ}[٢]. وَالْجَمْعُ أَوْلِيَاءُ.

قَالَ ابْنُ فَارِسٍ: وَكُلُّ مَنْ وَلِيَ أَمْرَ أَحَدٍ فَهُوَ وَلِيُّهُ.

ويُطلق على الذكر والأنثى، وَقَدْ يُؤَنَّثُ بِالْهَاءِ فَيُقَالُ هِيَ وَلِيَّةٌ[٣].

والأمر في اللغة: يطلق على الشأن والحال، يقال: أَمْرُ فلانٍ مستقيمٌ، وأُمُوره مستقيمة. ومنه دعاء الاستخارة ((**اللَّهُمَّ إِنْ كُنْتَ تَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الأَمْرَ خَيْرٌ لِي فِي دِينِي وَمَعَاشِي وَعَاقِبَةِ أَمْرِي**))[٤]. ويعني أيضًا: الحادثة. وفي القرآن: {أَلَآ إِلَى ٱللَّهِ تَصِيرُ ٱلْأُمُورُ}[٥]. والأمر ضد النهي.

قال الزَّبيدي: «وقد وقع في مصنفات الأصول الفرق في الجمع، فقالوا: الأمر إذا كان بمعنى ضد النهي فجمعه أوامر، وإذا كان بمعنى الشأن فجمعه أمور. وعليه أكثر الفقهاء، وهو الجاري في ألسنة الأقوام»[٦].

والأَمْرُ مصدر أَمَرَ فلانٌ علينا يأمُرُ، وأَمِرَ، مثلثة، واختلف في الكسر والضم، وقيل: أَمِرَ وأَمُرَ صار أميرًا، والاسم: الإمرة والإمارة. والأمير: الملك لنفاذ أمره. وجمعه أُمَرَاء. وأَمِرَ الشيءُ كفَرِحَ: أَمَرًا وأَمَرَةً: كَثُر وتَمَّ. وأَمِرَ الأَمْرُ يَأمَرُ أَمْرًا، أي اشتد[٧].

---

(١) سورة مريم: آية رقم (٥).

(٢) سورة البقرة: آية رقم (٢٥٧).

(٣) انظر: لسان العرب (١٥/ ٤٠٦- ٤١١) مادة (ولي)، والمصباح المنير ص(٦٧٢- ٦٧٣)، مادة (ولي).

(٤) رواه البخاري في أبواب التهجد، باب: ما جاء في التطوع مثنى مثنى، رقم (١١٦٢)، وفي الدعوات، باب: الدعاء عند الاستخارة، رقم (٦٣٨٢).

(٥) سورة الشورى: آية رقم (٥٣).

(٦) تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي (١٠/ ٦٩) مادة (أمر) بتحقيق: إبراهيم الترزي، ومراجعة عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.

(٧) انظر: تاج العروس (١٠/ ٦٨- ٧٢) مادة (أمر).

ويطلق الأمر عند الفقهاء على الخلافة، ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((**إِنَّ هَذَا الأَمْرَ فِي قُرَيْشٍ، لَا يُعَادِيهِمْ أَحَدٌ إِلَّا كَبَّهُ اللهُ عَلَى وَجْهِهِ مَا أَقَامُوا الدِّينَ**))[١].

ويدل عليه أيضًا حديث عُبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: ((**بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي الْعُسْرِ وَالْيُسْرِ، وَالْمَنْشَطِ وَالْمَكْرَه، وَعَلَى أَثَرَةٍ عَلَيْنَا، وَعَلَى أَنْ لَا نُنَازِعَ الْأَمْرَ أَهْلَهُ، وَعَلَى أَنْ نَقُولَ بِالْحَقِّ أَيْنَمَا كُنَّا لَا نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لَائِمٍ**))[٢].

أما ولي الأمر اصطلاحًا فقد ورد في القرآن الكريم بصيغة الجمع في موضعين:

الأول: قول الله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا}[٣].

والثاني: قوله سبحانه في السورة نفسها: {وَإِذَا جَآءَهُمۡ أَمۡرٞ مِّنَ ٱلۡأَمۡنِ أَوِ ٱلۡخَوۡفِ أَذَاعُواْ بِهِۦۖ وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا}[٤].

وقد ذكر العلماء أن هناك اختلافًا في المقصود بأولي الأمر.

الرأي الأول: أن المقصود بأولي الأمر هم الحكام والأمراء والولاة ومن يقوم مقامهم.

والرأي الثاني: أن المقصود بهم هم العلماء.

والرأي الثالث: أن المقصود الطائفتان معًا[٥].

قال ابن عباس وجابر: هم الفقهاء والعلماء الذين يُعلِّمون الناس معالم دينهم. وهو قول الحسن والضحاك ومجاهد وعطاء.

---

(١) رواه البخاري في المناقب، باب: مناقب قريش، رقم (٣٥٠٠).

(٢) رواه البخاري في الأحكام، باب: كيف يبايع الإمام الناس، رقم (٧١٩٩)، ومسلم في الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، رقم (١٧٠٩).

(٣) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

(٤) سورة النساء: آية رقم (٨٣).

(٥) راجع: تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل آي القرآن» (٨/ ٤٩٥- ٥٠٤) بتحقيق: محمود محمد شاكر وأحمد محمد شاكر، ط. مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦/ ٤٢٨- ٤٣٢، ٤٧٩) بتحقيق: الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م، وأحكام القرآن لابن العربي (١/ ٥٧٣- ٥٧٤) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، وأحكام القرآن للجصاص (٢/ ٢٩٨- ٢٩٩، ٣٠٤) ط. دار الفكر- بيروت سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لتقي الدين ابن تيمية ص(٢١٤) ط. مكتبة ابن تيمية بالقاهرة، بدون تاريخ.

وقال أبو هريرة: الأمراء والولاة. وهي رواية عن ابن عباس أيضًا[(١)].

وقد رجَّح بعض المعاصرين القول بأن المراد بأولي الأمر هم الحكام والعلماء جميعًا؛ مُعلِّلين ذلك بأن المجتمع إنما يقوم عليهما، فالعلماء والمجتهدون يمثلون السلطة التشريعية التي تُقرِّر الأحكام، والحكام ونوابهم يمثلون السلطة التنفيذية التي تقوم بالإلزام بالأحكام التي قررها العلماء وذوو الرأي والاجتهاد وتنفيذها، ولا قوام لأي مجتمع بغير أحد هذين الفريقين[(٢)].

بيد أننا نلاحظ أن غالب إطلاق الفقهاء لولي الأمر ينصرف إلى الحاكم وصاحب السلطة ومن يدبر شؤون الرعية[(٣)].

وهذا ما قرره عدد من أهل العلم. قال الطبري: «وأَوْلَى الأقوال في ذلك بالصواب قول مَن قال: هم الأمراء والولاة؛ لصحة الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأمر بطاعة الأئمة والولاة فيما كان طاعةً وللمسلمين مصلحةً»[(٤)].

وقال النووي: «قال العلماء: المراد بأُولِي الأمر مَن أوجب اللهُ طاعتَه من الولاة والأمراء. هذا قول جماهير السلف والخلف من المفسرين والفقهاء وغيرهم»[(٥)].

وذكر الألوسي في تفسيره فائدة لطيفة تؤيد إرادة أن يكون المقصود أُولِي الأمر، قال: «واستشكل إرادة العلماء لقوله تعالى: {فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ}؛ فإن الخطاب فيه عام للمؤمنين مطلقًا، والشيء خاص بأمر الدين بدليل ما بعده، والمعنى: فإن تنازعتم أيها المؤمنون أنتم وأولو الأمر منكم في أمرٍ من أمور الدين؛ {فَرُدُّوهُ} فراجعوا فيه {إِلَى ٱللَّهِ} أي إلى كتابه {وَٱلرَّسُولِ} أي إلى سنته، ولا شك أن هذا إنما يلائم حَمل أُولِي الأمر على الأمراء دون العلماء؛ لأن للناس والعامة منازعةَ الأمراء في بعض الأمور، وليس لهم منازعة العلماء؛ إذ المراد بهم المجتهدون، والناس ممن سواهم لا ينازعونهم في أحكامهم»[(٦)].

(١) انظر: تفسير الخازن «لباب التأويل في معاني التنزيل» (١/ ٣٩٢) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ، وأيضًا: تفسير الطبري (٨/ ٤٩٧- ٥٠١)، وتفسير الألوسي «روح المعاني» (٥/ ٦٥- ٦٦) ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.

(٢) راجع: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره للدكتور/ جابر عبد الهادي الشافعي ص(٦٦- ٧٨) ط. دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية سنة ٢٠١٥م، وأيضًا: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٢)، وسلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٥١- ٢٥٢) ط. دار مكتبة المعارف- بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.

(٣) راجع: مفهوم ولي الأمر وتكييف العلاقة بينه وبين الشعوب للدكتور/ أحمد بن صالح الزهراني، بحث بمؤتمر فقه السياسة الشرعية ومستجداتها المعاصرة، المنعقد بالكويت سنة ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م ص(٧١٦).

(٤) تفسير الطبري (٨/٥٠٢).

(٥) شرح صحيح مسلم (١٢/ ٢٢٣) ط. المطبعة المصرية بالأزهر، الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ/ ١٩٣٠م.

(٦) روح المعاني (٥/ ٦٦).

ورجح هذا الرأي بعض المعاصرين؛ حيث ذهب إلى أن مصطلح (ولي الأمر) صار عَلَمًا على مهنة معيَّنة ممن يتولى أمر سياسة الناس والحكم بينهم[٧].

ويدل عليه إطلاق (الأمر) على الخلافة في الحديثين سالفي الذكر.

كذلك فإن أمر ولي الأمر يكون واحدًا يمكن اتباعه، بخلاف العلماء فإن أقوالهم تتعدَّد وآراءهم تختلف، وبخاصة فيما نحن بصدده من دائرة الأحكام الاجتهادية.

وعليه فإن المراد بولي الأمر عند الإطلاق هو الحاكم.

مع ملاحظة أن مصطلح (ولي الأمر) قد يطلق في سياقات خاصة، ويراد به صاحب الولاية والقرار والمسؤولية، بحسب السياق، كما يقال: ولي أمر المرأة، أو ولي أمر اليتيم، أو ولي أمر التلميذ، أو الصبي، أو القاصر بوجه عام. وكل هذه إطلاقات مقيدة بسياقاتها. أما (ولي الأمر) المطلقة فتنصرف إلى الحاكم.

وقد عَرَف التاريخ الإسلامي العديد من المصطلحات التي أطلقت على الحاكم غير مصطلح (ولي الأمر)، كالخليفة، وأمير المؤمنين، والإمام. وهذه الأخيرة يستعملها الفقهاء كثيرًا؛ لما كان يسند إلى الحاكم من إمامة الصلاة والخطابة فيهم وغير ذلك[٨].

كما أطلقوا عليه السلطان، والملك، والأمير[٩].

وهذه الثلاثة الأخيرة لا زالت موجودة في بعض الدول حتى الآن، بالإضافة إلى المصطلحات المعاصرة، كالرئيس أو رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية؛ بحسب نظام الحكم المتبع في كل دولة.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لم يرد نص من نصوص الشريعة ببيان شكل الولاية العامة، بل ترك ذلك لاجتهاد المجتهدين في كل عصر ومصر، بحسب معطيات كل زمان ومكان، وبحسب ما يحقق المصلحة ويقيم العدل، ولا يتنافى مع مقررات الشريعة ومبادئها العامة.

---

(٧) انظر: مفهوم ولي الأمر وتكييف العلاقة بينه وبين الشعوب للدكتور/ أحمد بن صالح الزهراني، بمؤتمر فقه السياسة الشرعية ومستجداتها المعاصرة ص(٧١٦).

(٨) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للدكتور/ محمد بن عبدالله المرزوقي ص(٢٢- ٢٤) ط. مكتبة العبيكان بالرياض، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م، ومفهوم ولي الأمر وتكييف العلاقة بينه وبين الشعوب للدكتور/ عبد السلام بن سالم السحيمي، بمؤتمر فقه السياسة الشرعية ومستجداتها المعاصرة ص(٦٦٦- ٦٦٧).

(٩) راجع: مفهوم ولي الأمر وتكييف العلاقة بينه وبين الشعوب للدكتور/ أحمد بن صالح الزهراني، بمؤتمر فقه السياسة الشرعية ومستجداتها المعاصرة ص(٧٢٢- ٧٢٦)، ومفهوم ولي الأمر وتكييف العلاقة بينه وبين الشعوب للدكتور/ عبد السلام السحيمي، بمؤتمر فقه السياسة الشرعية ومستجداتها المعاصرة ص(٦٦٧).

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: «لا بدَّ للناس من إمارة برَّةً كانت أو فاجرةً، فقيل: يا أمير المؤمنين، هذه البرَّة قد عرفناها فما بال الفاجرة؟ فقال: تُقام بها الحدود، وتأمن بها السُّبُل، ويُجاهَد بها العدو، ويُقْسَم بها الفيء»[١].

وقد تواتر إجماع المسلمين من الصحابة ومَن بعدهم على ذلك[٢].

يقول ابن خلدون: «إن نصب الإمام واجب قد عُرِفَ وجوبه في الشرع بإجماع الصحابة والتابعين؛ لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند وفاته بادروا إلى بيعة أبي بكر رضي الله عنه وتسليم النظر إليه في أمورهم، وكذا في كل عصر من بعد ذلك، ولم تترك الناس فوضى في عصر من الأعصار، واستقر ذلك إجماعًا دالًّا على وجوب نصب الإمام. وقد ذهب بعض الناس إلى أن مدرك وجوبه العقل، وأن الإجماع الذي وقع إنما هو قضاء بحكم العقل فيه. قالوا: وإنما وجب بالعقل لضرورة الاجتماع للبشر، واستحالة حياتهم ووجودهم منفردين، ومن ضرورة الاجتماع التنازع لازدحام الأغراض؛ فما لم يكن الحاكم الوازع أفضى ذلك إلى الهرج المُؤْذِنِ بهلاك البشر وانقطاعهم، مع أن حفظ النوع من مقاصد الشرع الضرورية»[٣].

ومن المسلَّم به أن طاعة ولي الأمر واجبة على الرعية، والأصل في ذلك قول الله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا}[٤]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: **((السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى المَرْءِ المُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلاَ سَمْعَ وَلاَ طَاعَةَ))**[٥].

(١) ذكره ابن تيمية في السياسة الشرعية ص(٨٧)، وفي منهاج السنة النبوية (١/ ٥٤٨) بتحقيق: محمد رشاد سالم، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م. ورواه الطبراني في المعجم الكبير (١٠/ ١٣٢) مرفوعًا من حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ إِمَارَةٍ بَرَّةٍ أَوْ فَاجِرَةٍ، فَأَمَّا الْبَرَّةُ فَتَعْدِلُ فِي الْقَسْمِ، وَيُقْسَمُ بَيْنَكُمْ فَيْؤُكُمْ بِالسَّوِيَّةِ، وَأَمَّا الْفَاجِرَةُ فَيُبْتَلَى فِيهَا الْمُؤْمِنُ، وَالْإِمَارَةُ الْفَاجِرَةُ خَيْرٌ مِنَ الْهَرْجِ، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللهِ، وَمَا الْهَرْجُ؟ قَالَ: الْقَتْلُ وَالْكَذِبُ)). قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٢٢٢): رواه الطبراني، وفيه وهب الله بن رزق ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

(٢) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(٣٢٥- ٣٢٦).

(٣) مقدمة ابن خلدون (١/ ٢٣٩- ٢٤٠).

(٤) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

(٥) رواه البخاري في الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم (٧١٤٤)، ومسلم في الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، رقم (١٨٣٩).

وقوله عليه الصلاة والسلام: ((مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ، وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ، وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيرِي فَقَدْ أَطَاعَنِي، وَمَنْ عَصَى أَمِيرِي فَقَدْ عَصَانِي))[١]، وفي رواية لمسلم: ((مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللهَ، وَمَنْ يَعْصِنِي فَقَدْ عَصَى اللهَ، وَمَنْ يُطِعِ الْأَمِيرَ فَقَدْ أَطَاعَنِي، وَمَنْ يَعْصِ الْأَمِيرَ فَقَدْ عَصَانِي))، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر: ((اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا، وَإِنِ اسْتُعْمِلَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ، كَأَنَّ رَأْسَهُ زَبِيبَةٌ))[٢].

فهذه النصوص كلها تدل على وجوب طاعة ولي الأمر.

وأيضًا تجب طاعته تحقيقًا لمعنى الولاية الذي يستلزم الطاعة والامتثال، حتى لا تتفرق كلمة المسلمين، ولا يتعرض منصب الولاية للاستهانة؛ فيضطرب الأمن ويختل النظام في الدولة[٣].

ووَلِيُّ الأمر في الإسلام بحكم بيعة الأمة له -أيًّا كانت صورتها ووسيلتها- هو صاحب الولاية العامة، ومنه تُستمد السلطات في الدولة، تشريعيةً كانت أو تنفيذيةً أو قضائيةً، وهو الذي يُعيّن ويعزل كل فرد من أفراد أو أعضاء تلك السلطات -بحسب ما ينظمه القانون- فهو مصدر الولايات، والمشرف على رعاية مصالح الأمة وشؤون الدولة وعمالها بما فيهم القضاء والقضاة[٤].

لكن هل هذه الطاعة مطلقة لا حدود لها، أم أن لها حدودًا ومجالًا؟

ابتداءً اتفق الفقهاء على أن طاعة ولي الأمر مقيَّدة بعدم مخالفة الشريعة؛ إذ من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أنه ((**لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الخَالِقِ**))[٥].

وقد مرَّ في حديث الصحيحين آنفًا قوله عليه الصلاة والسلام: ((**فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَلاَ سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ**)).

(١) رواه البخاري في الأحكام، باب: قول الله تعالى: {وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ}، رقم (٧١٣٧)، ومسلم في الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، رقم (١٨٣٥).

(٢) رواه البخاري في الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم (٧١٤٢).

(٣) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(٣٢٨) ط. دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤م.

(٤) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٩٨).

(٥) هذا نص حديث رواه الطبراني في المعجم الكبير (١٨/ ١٧٠) بتحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط. مكتبة العلوم والحكم بالموصل، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م، من حديث عمران بن حصين، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ٧٣٧) ط. دار الفكر- بيروت سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م من حديث الحسن، وبوب به الترمذي أحد أبوابه في كتاب الجهاد (٤/ ٢٠٩)، وقال: وفي الباب عن علي وعمران بن حصين والحكم بن عمرو الغفاري.

ويشير إلى ذلك عطف (أولي الأمر) في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ على (الرسول) دون تكرار فعل الأمر (أطيعوا) إدخالًا لطاعتهم ضمن طاعة الرسول صلى الله عليه وسلم؛ فإن الآية كررت فعل الطاعة عند الأمر بطاعة الرسول إيذانًا باستقلال أوامره بوجوب الطاعة وإن لم تكن من أوامر القرآن الكريم، أما الأمر بطاعة أولي الأمر فإنه لم يتكرر فيه الفعل (أطيعوا)؛ إشارة إلى أن طاعتهم بالتبع لطاعة الرسول، وأنه لا تلزم طاعتهم استقلالًا إذا خرجوا على أحكامه وأمروا بما فيه معصية[١].

وقد روى علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: ((**بَعَثَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَرِيَّةً، وَأَمَّرَ عَلَيْهِمْ رَجُلًا مِنَ الأَنْصَارِ، وَأَمَرَهُمْ أَنْ يُطِيعُوهُ، فَغَضِبَ عَلَيْهِمْ، وَقَالَ: أَلَيْسَ قَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُطِيعُونِي؟ قَالُوا: بَلَى، قَالَ: قَدْ عَزَمْتُ عَلَيْكُمْ لَمَا جَمَعْتُمْ حَطَبًا، وَأَوْقَدْتُمْ نَارًا، ثُمَّ دَخَلْتُمْ فِيهَا فَجَمَعُوا حَطَبًا، فَأَوْقَدُوا نَارًا، فَلَمَّا هَمُّوا بِالدُّخُولِ، فَقَامَ يَنْظُرُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ، قَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّمَا تَبِعْنَا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِرَارًا مِنَ النَّارِ أَفَنَدْخُلُهَا؟ فَبَيْنَمَا هُمْ كَذَلِكَ، إِذْ خَمَدَتِ النَّارُ، وَسَكَنَ غَضَبُهُ، فَذُكِرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: لَوْ دَخَلُوهَا مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي المَعْرُوفِ**))[٢].

وتُحمل الأحاديث المطلقة بوجوب طاعة ولي الأمر على الأحاديث المُقيّدة لها بما ليس بمعصية[٣].

ولذلك إذا أمر ولي الأمر بأمرٍ يخالف حكمًا شرعيًّا متفقًا عليه قطعي الثبوت قطعي الدلالة؛ فإنه لا تجب طاعته، بل لا تجوز؛ فطاعة ولي الأمر ليست مطلقة ولا مستقلة، وإنما تأتي تبعًا لطاعة الله وطاعة رسوله؛ ولذلك فإنها مقيدة بها[٤].

قال الدكتور/ محمد سلام مدكور: «ويستثنى من عدم طاعة الحاكم في المعصية أن يترتب على مخالفته مفسدة أكثر مما يترتب على الطاعة، وحينئذ تسع طاعته ويجوز امتثال أمره، بل يجب أحيانًا وقايةً من تلف نفس أو عضو أو مال مما إلى ذلك»[٥].

---

(١) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٨- ٣٢٩).

(٢) رواه البخاري في الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم (٧١٤٥)، ومسلم في الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، رقم (١٨٤٠).

(٣) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٨١).

(٤) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٨- ٣٢٩)، وتطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص(٢٤١-٢٤٢).

(٥) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٢).

واختلف الفقهاء في مدى الإلزام بطاعة ولي الأمر في الأحكام الاجتهادية، بأن يختار قولًا معينًا في مسألة خلافية ويُلزم الناس به رفعًا للخلاف في المسألة، أو يقيّد أمرًا مباحًا لمصلحة يراها- هل يكون ذلك داخلًا في الطاعة الواجبة؟ أو بتعبير آخر: هل يكون من المعروف المأمور بطاعة ولي الأمر فيه؛ بحيث يَسُوغُ له أن يعاقب على مخالفته؟

وهذا ما نبحثه في المطلبين التاليين:

المطلب الثاني: سلطة ولي الأمر في رفع الخلاف:

المقصود برفع الخلاف ليس رفع الخلاف الحاصل بين الفقهاء والعلماء؛ فهذا لا سبيل إلى رفعه؛ لأنه واقع وحاصل، بل هو مظهر من مظاهر الاجتهاد والنشاط الفقهي والحركة العلمية. إنما المقصود هو رفع العمل بمقتضى الخلاف في مسألة معينة. بمعنى أنه لا يجوز العمل بغير ما قضى به ولي الأمر في تلك المسألة، حتى وإن كان الفقيه يرى خلاف ما انتهى إليه حكم ولي الأمر[(١)].

قال الدسوقي: «ورفع الخلاف أي رفع العمل بمقتضى الخلاف، فإذا حكم القاضي في جزئية بفسخ عقد لكون مذهبه يراه فالمرتفع بحكمه العمل بمقتضى الخلاف، أي بمقتضى مذهب المخالف؛ فلا يجوز للمخالف أن يحكم في هذه الجزئية بصحة العقد، وليس معناه أن هذه الجزئية يصير الحكم فيها عند المخالف مثل ما حكم به فيها؛ إذ الخلاف الواقع بين العلماء موجود على حاله لا يرتفع؛ إذْ رَفعُ الواقعِ مُحال»[(٢)].

فإذا اختلف الفقهاء في مسألة على قولين أو أكثر؛ فهل لولي الأمر أن يُلزم القضاة بالقضاء بقولٍ معيَّن من تلك الأقوال من خلال التقنين؛ بحيث يكون إلزام ولي الأمر رافعًا للخلاف في المسألة، ولا يكون لأحد بعد ذلك أن يقضي أو يحكم بخلاف ما اختاره ولي الأمر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

(١) انظر: الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي للدكتور/ شوقي علام ص(٢١- ٢٢) ط. مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١٤م، وأيضًا: نحو فهم منهجي لإدارة الخلاف الفقهي له كذلك ص(١٣١- ١٣٢) ط. دار الإفتاء المصرية، بدون تاريخ.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٥٦) ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ. وقريب منه في حاشية العدوي على شرح الخرشي (٧/ ١٦٦) ط. دار صادر- بيروت، بدون تاريخ.

حيث قالوا: إنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معين أو رأي معين[١].

وبنوا حكمهم على أن القاضي أُمِرَ بأن يحكم بالحق وما يراه محققًا للعدل، قال الله تعالى: {فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ}[٢]، والحق غير متعيِّن في مذهب بعينه، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب[٣].

واعتبروا أن إلزام الحاكم للقاضي بالقضاء بمذهب معين من قبيل الشروط الباطلة، وقد يبطل عقد توليه القضاء أيضًا؛ لأن فيه حجرًا على القاضي[٤].

القول الثاني:

وهو مذهب الحنفية، وقال به القرافي وفريقٌ من محققي المالكية.

ويرى هذا الرأي أنه يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بقول يختاره هو، طالما أنه داخل نطاق الشريعة الإسلامية بمذاهبها[٥].

قال الحصكفي: «ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيَّد بلا خلاف لكونه معزولًا عنه»[٦]، أي: معزولا عن غير ما قيد به[٧].

وقال القرافي: «اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالفُ عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه، على القول الصحيح من مذاهب العلماء»[٨].

ومثله عن ابن عابدين، قال: «على أن قضاء القاضي في محل الاجتهاد يرفع الخلاف»[٩].

(١) راجع: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (١/ ٢٤- ٢٥، ٦٤- ٦٦) ط. مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، والأحكام السلطانية للماوردي ص(٨٦-٨٨)، والمغني لابن قدامة (١٤/ ٩١) بتحقيق: د. عبدالله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، ط. دار عالم الكتب بالرياض، الطبعة الرابعة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م، وكشاف القناع للبهوتي (٦/ ٢٩٢- ٢٩٣) بتعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط. دار الفكر- بيروت ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

(٢) سورة ص: آية رقم (٢٦).

(٣) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٣٦- ٣٧).

(٤) راجع: المراجع المذكورة في قول الجمهور.

(٥) راجع: فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣٠٦) ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/ ٦٩٢) ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم (١٨٠١) بتحقيق: نجيب هواويني، ط. نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، بدون تاريخ.

(٦) الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٥/ ٤٠٨) ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

(٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/ ٤٠٨).

(٨) الفروق (٢/ ١٠٣) ط. عالم الكتب- بيروت، بدون تاريخ.

(٩) حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/ ٣٤٧).

وفي حاشية الفروق للمكي: «وأما ما يتأتى فيه حكم الحاكم فضبطه الأصل بأربعة قيود، فقال: إنما يؤثر حكم الحاكم إذا أنشأه في مسألة اجتهادية تتقارب في المدارك؛ لأجل مصلحة دنيوية. قال: فقَيْد الإنشاء احتراز من حكمه في مواقع الإجماع؛ فإن ذلك إخبار وتنفيذ محض، وأما في مواضع الخلاف فهو ينشئ حكمًا، وهو إلزام أحد القولين اللذين قيل بهما في المسألة، ويكون إنشاؤه إخبارًا خاصًّا عن الله تعالى في تلك الصورة من ذلك الباب»(١).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٨٠١): «وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لمَا أنَّ رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق؛ فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه»(٢).

وقال ابن فرحون: «وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي: أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا وَلَّوْا رجلا القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده. قال الشيخ أبو بكر: وهذا جهل عظيم منهم، يريد لأن الحق ليس في شيء معين، وإنما قال الشيخ أبو بكر هذا؛ لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان فتكلم على أهل زمانه، وكان معاصرًا للإمام أبي عمر بن عبد البر، والقاضي أبي الوليد الباجي، والقاضي أبي الوليد بن رشد، والقاضي أبي بكر بن العربي، والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظرائهم، وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب، وهذا الذي ذكره الباجي عن ولاة قرطبة ورد نحوُه عن سحنون، وذلك أنه ولَّى رجلًا القضاء، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة، ولا يتعدى ذلك، قال ابن راشد: وهذا يؤيد ما ذكره الباجي، ويؤيد ما قاله الشيخ أبو بكر، فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه فإنما يأتونه؛ ليحكم بينهم بمذهب مالك؟! وقد تقدم في فصل التحكيم عن اللخمي أن الحَكَم إذا كان مجتهدًا والخصام بين مالكيَّيْن، فإن لم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك نفذ حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم حكمه بينهما، فانظر تمام ذلك هناك، وذكر المازري نحو ذلك»(٣).

وما نقله ابن فرحون المتوفى سنة (٧٩٩هـ) يفيد أنه نظرًا لعدم هذا النوع من المجتهدين أمثال ابن عبد البر والباجي وابن رشد وابن العربي وأضرابهم؛ فإنه لا وجه للقول بعدم جواز إلزام ولي الأمر للقضاة أن يقضوا برأي معين. بل إن الحَكَم يلتزم برأي معين وإن كان مجتهدًا.

---

(١) حاشية تهذيب الفروق والقواعد السنية لمحمد علي بن حسين المكي المالكي، مع الفروق للقرافي (٤/ ٩١).

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (١٨٠١).

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٦٥- ٦٦).

بل ناقش ابن فرحون رأي الطرطوشي المتوفى سنة (٥٢٠هـ) بأن قوله بمنع ذلك إنما كان يتماشى مع زمانه، الذي كان فيهم مَن ذَكَرْنا مِن كبار فقهاء المالكية.

وإذا كان ابن فرحون يقول ذلك في القرن الثامن الهجري، فما بالنا نحن في القرن الخامس عشر الهجري؟!

وهذا الذي ذكره ابن فرحون يمكن أن يُفسَّر به مذهب الجمهور.

واستدل أصحاب هذا القول بالمصلحة، وبوجوب طاعة ولي الأمر.

أما المصلحة فلما في التقنين من التيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الأحكام، لا سيما وقد أصبح القضاة الآن غير مجتهدين، ولا يخفى ما يمكن أن يلاقوه من العنت والمشقة جرَّاء البحث في مصادر الفقه الإسلامي.

فضلًا عما يتسبب فيه ذلك من تضييع لوقت المتقاضين وتأخير الفصل في القضايا، في الوقت الذي ثقُل فيه كاهل القاضي بكَمٍّ كبيرٍ من القضايا[١].

وأيضًا لما في ذلك من توحيد الأحكام في الدولة، وطمأنة المتقاضين، وحماية القضاة من التهم، والتعريف بالأحكام قبل تنفيذها لتكون مستقرةً عند الناس، وغير ذلك مما سبق بيانه عند ذكر مبررات التقنين.

كما أن ذلك من قبيل السياسة الشرعية التي يراها الحاكم، ويسلكها مع رعيته، وهي أيضًا تعتمد على أصل المصلحة[٢].

وأما وجوب طاعة ولي الأمر؛ فلأن القاضي وكيل عنه، وعلى الوكيل التزام أمر الموكِّل[٣].

ويشهد لذلك قول الشعبي: «كَتَبَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إِلَى شُرَيْحٍ: إِذَا أَتَاكَ أَمْرٌ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى فَاقْضِ بِهِ، وَلَا يَلْفِتَنَّكَ الرِّجَالُ عَنْهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللهِ وَكَانَ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاقْضِ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللهِ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِهِ فَاقْضِ بِمَا قَضَى بِهِ أَئِمَّةُ الْهُدَى، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللهِ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِيمَا قَضَى بِهِ أَئِمَّةُ الْهُدَى؛ فَأَنْتَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شِئْتَ تَجْتَهِدُ رَأْيَكَ، وَإِنْ شِئْتَ أَنْ تُؤَامِرَنِي، وَلَا أَرَى مُؤَامَرَتَكَ إِيَّايَ إِلَّا أَسْلَمَ لَكَ»[٤].

(١) انظر: الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي للدكتور/ شوقي علام ص(١٧١).

(٢) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٤٩، ٦٣- ٧١).

(٣) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٥٠- ٥٢).

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب آداب القاضي، باب: موضع المشاورة، رقم (٢٠٣١٣).

وهي داخلة في الطاعة الواجبة؛ إذ إن طاعة ولي الأمر في اختيار قول من قولين ليس فيها طاعة في معصية؛ فإن المسائل الخلافية لا يقطع فيها بصحة قول وخطأ الآخر، وإنما تبقى احتمالية اجتهادية.

قال الدكتور/ محمد سلام مدكور: «وكذلك الحكم الاجتهادي؛ فإنه يحتمل الخطأ والصواب؛ فلا يكون في الامتثال معصية متيقَّنة»[١].

المناقشة والترجيح:

نرى أن الرأي الثاني القائل به الحنفية ومن وافقهم من محققي المالكية هو الأولَى بالقبول؛ لأن أمور الناس لا تستقيم إلا بتوحيد القضاء، ولو ترك القضاة وما يرون أو يعتقدون لتفاوت القضاء من قاضٍ إلى آخر، أو من إقليم إلى إقليم داخل الدولة الواحدة، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الفوضى، ولا يحقق العدالة المبتغاة.

وهذه مصلحة كبرى. وهي من قبيل السياسة الشرعية- كما سبقت الإشارة.

وقد تبين لنا تفسير مذهب الجمهور، وأن منع ذلك إنما كان لتوافر المجتهدين الكبار حتى قرابة المائة الخامسة ونحوها، أما في القرن الثامن فقد اعتبر ابن فرحون أن ذلك المجتهد الذي يجب عليه أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده لم يعد موجودًا، وأن حُكم أي فقيه لن يعدو أن يكون التزامًا بمذهب إمامه؛ ومن ثَم فالحكم بما يُلزم به وليُّ الأمر أَوْلَى وأَوْلَى؛ فإلزامه مبني على رأي ذوي الرأي وأصحاب العلم والخبرة.

كما أنه من طاعة ولي الأمر المأمور بها.

يقول الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة -رحمه الله- متسائلًا: «فهل للإمام تحديدُ الجرائم وتقديرُ العقوبات ولو على وجه التقريب؟» ثم يجيب قائلًا: «نعم، له ذلك، بل يجب عليه؛ لأمرين: الأول: أن وَلايته على الأمة نظريةٌ توجب عليه أن يسلُكَ بها ما فيه العدلُ والمصلحة. الأمر الثاني: أن سلطة القضاء ملكٌ له، وهو الذى يعطيها للقضاة نيابةً عنه؛ فله الإطلاقُ للقضاة، وله تقييدُهم بنوعٍ من العقوبات»[٢].

ويقول الدكتور/ محمد سلام مدكور بعدما نقل كلام الفقهاء في حكم تقليد القاضي على أن يحكم بمذهب أو رأي معين، وأن ذلك باطل، ولا خلاف عليه بين المتقدمين من فقهاء المذاهب: «ما تقدم

(١) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣١).

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء ص(٣١٦) ط. دار البصائر بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.

هو ما وقفنا عليه من آراء الفقهاء في تقيُّد القاضي بمذهب أو عدم تقيُّده، وتقييد ولي الأمر له بمذهب معين أو رأي فيه أو عدم تقييده بشيء من ذلك، والذي نراه أن منشأ ذلك إنما كان راجعًا في عصورهم لشيء من الاضطراب في التطبيق القضائي؛ لعدم معرفة الحكم الواجب التطبيق، مع تعدُّد الأحكام في المسألة الواحدة نتيجة اختلاف آراء المجتهدين، وذلك جدير أن يُبلبل أفكار الناس، وألا يسير بهم في جادَّة مستقيمة ومشرع واضح للجميع، ولقد كان من آثار ذلك الاضطراب في الماضي واختلاف القضاة المجتهدين في أحكام المسألة الواحدة في البلد الواحد أن يضل الناس في شؤون حياتهم رغم تحريهم الهداية والرشاد، ولكن عدم معرفة الحكم الواجب التطبيق بينهم على سبيل التعيين في المسائل الاجتهادية جعلهم قاطبةً عُرضةً للخطأ في نظر القضاء»[١].

ثم يقول: «ولعل هذا هو السر في أن كثيرًا من الأصوليين والعلماء أقفلوا باب الاجتهاد سدًّا لذريعة الفوضى والاضطراب والحكم بالهوى المقنَّع بالاجتهاد ووجهة النظر، وكانوا مُحقِّين إذ ذاك؛ حتى يغلق باب هذه الشرور، ويكون القاضي في أحكامه ملزمًا بأحكام مذهبه فلا يحيد عنه، وملزمًا للناس بها، حتى يعرفوها ويقدِّر كل إنسان في تصرفاته حكم تصرفه أمام القضاء، بحيث يستطيع أن يفهم إن كان في تصرفه خروج على حكم القضاء أم لا»[٢].

قال: «وقد ترتَّب على هذا بحث الفقهاء في تقيُّد القاضي بمذهب معين، بل بالرأي الراجح من المذهب، كما بحثوا أمر تقييد السلطان لقضاته بالمذهب الذي ينبغي أن يستمدَّ القاضي منه أحكامه»[٣].

ثم ذكر أن ذلك كان أساسًا للتفكير في تقنين الأحكام الشرعية منذ بدأ في القرن الثاني الهجري بطلب ابن المقفع من الخليفة المنصور، إلى أن تحقق ذلك في العصر الحديث[٤].

ثم قال: «ولا شك في أن الأحكام الواجبة التطبيق إذا كانت محددة مبيَّنة معروفة للقاضي وللمتقاضي كان ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس، أو أكفل لتحقيق المساواة بينهم، وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة، فلم يكن بدٌّ من وضع الأحكام الشرعية القضائية في صيغ قانونية تتولاها طائفة من فقهاء الأمة من أهل الرأي والاجتهاد... ثم تصبح قانونًا واجب الاتباع والتنفيذ»[٥].

قال: «ولا ضير في ذلك ما دامت هذه الأحكام مستمَدة من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وآرائه، ومسايرة لمصالح الناس، ولا ضير في أن تُعتبر هذه القوانين كالنصوص القطعية، من ناحية عدم

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٢).

(٢) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٢).

(٣) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٢).

(٤) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٢- ٣٨٣).

(٥) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٣).

مخالفة القاضي لها وإلزامه باتباعها. فليس هناك مجال إذًا لاجتهاد القاضي معها إلا في حدود ضيقة، وهي عند وجود إبهام في انطباقها على بعض النوازل والأحداث»[١].

وإلى هذا ذهب جمهرة الفقهاء المعاصرين، كالإمام محمد عبده، والشيخ محمد رشيد رضا، والشيخ أحمد محمد شاكر، والشيخ علي الخفيف، والشيخ محمد أبي زهرة، والشيخ حسنين مخلوف، والدكتور/ محمد سلام مدكور، والأستاذ مصطفى الزرقا، والدكتور/ محمد زكي عبد البر، والدكتور/ صوفي أبو طالب، وخلق سواهم لا يُحصَون[٢].

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «والاجتهاد الإسلامي قد أقرَّ لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا وفقًا لقاعدة المصالح المرسلة، وقاعدة تبدُّل الأحكام بتبدُّل الزمان. ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي: قابل للاجتهاد، غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمره واجبَ الاحترام والتنفيذ شرعًا، فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية، وقد كانت تلك العقود جائزةً نافذةً شرعًا؛ فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلةً أو موقوفة على حسب الأمر.

وهذا من سماحة الفقه الإسلامي وسجاحته ومرونته التي أكسبته قابلية للوفاء بمصالح الأزمان والأجيال»[٣].

ويزيد الأمر وضوحًا وجلاءً فيقول: «في صدر الإسلام كان القضاة مجتهدين بحكم الضرورة على خلاف الأصل؛ إذ لم تكن قد تكونت وتبلورت آراء ومذاهب اجتهادية في فهم نصوص الشريعة في الكتاب والسنة، ليمكن الاختيار من بينها للقضاء، فكان ذلك حالة استثنائية (كتبدُّل اجتهاد محكمة التمييز اليوم) تُقبَل ولا تستمرُّ بصورة دائمة حرصًا على مبدأ علنية النظام.

وإذا كان القضاة في صدر الإسلام مجتهدين فقد كان ذلك حالة لا بد منها، ولا محيص عنها قبل

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٣).

(٢) راجع: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٩- ٣٤٢)، والمدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٣)، والإسلام وتقنين الأحكام ص(٢١- ٣٤) وتقديم الشيخ أبي زهرة له، والمدخل الفقهي العام (١/ ٣١٩- ٣٢٠)، وتقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٦٢، وما بعدها)، وتطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص(٢٤٢- ٢٤٤)، وضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٤٣- ٤٤)، وسلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي للدكتور/ محمد بن عبدالله المرزوقي ص(٣٦٠)، والحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(١٧١- ١٧٤)، وتقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين للدكتور/ عبدالرحمن بن أحمد الجرعي، مقال منشور على شبكة الإنترنت.

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٢١٥- ٢١٦).

أن تستقر قواعد الفقه وأصوله ومذاهبه؛ إذ كان الصحابة ومَن تلقَّى عنهم من التابعين وتابعيهم متفرقين في الأمصار، وعند كل منهم علم من سُنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتفسيره للقرآن ما ليس عند الآخر، كما قاله مالك رضي الله عنه للرشيد. أما بعد ذلك وقد استقر الفقه على قواعده ومذاهبه فلا يجوز أن يبقى القاضي حرًّا يختار للحكم في كل قضية ما يراه هو حقًّا وعدلًا، ولو كان هو من العلم والفقه في رتبة الاجتهاد، بل يجب تقييده بنصوص معلنة للملأ لا يخرج عنها. وينحصر اجتهاده عندئذ في فهم النص وتفسيره وفقًا لقواعد الفهم والتفسير في أصول الفقه... حتى إن الرأي الاجتهادي للقاضي في فهم النص الموحَّد يجب أيضًا أن يكون معروفًا مسبقًا للمكلفين ما أمكن إلى ذلك من سبيل. ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة التميز (محكمة النقض) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم؛ ليكون الاجتهاد القضائي كالنص القانوني رأيًا تفسيريًّا واحدًا معروفًا لدى المكلفين.

وأما الظن بأن القاضي يجب شرعًا أن يُترَك لاجتهاده يقضي بحسبه، وأنه لا يجوز تقييده بقول شرعي واحد يلزم بالقضاء به؛ فهذا ليس له سند متين من الفقه، وإن المصلحة توجب خلافه، وتدعو إلى التمسك بعلنية الأحكام كما أسلفنا.

ونصوص الفقهاء في كتاب القضاء صريحة بأن القضاء يتخصص بالزمان وبالمكان وبنوع القضايا، وبالرأي المذهبي. فلو نُصِبَ قاضٍ ليقضي بالمذهب الشافعي في أصح الأقوال فيه ليس له أن يقضي بسواه، ولو خالف مذهبه هو؛ ذلك لأن القضاء في الأصل شرعًا من حق الإمام الخليفة بعد أن كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته. وإن للإمام أن ينيب عنه في القضاء إذا كثرت الأعباء العامة عليه، فالقاضي شرعًا نائب الإمام أي وكيله، والوكيل يتقيد بما يقيده به الموكل؛ لأن الإرادة الأصلية للمنوب عنه، فإذا رأى صاحب السلطة الشرعية في النظام اختيار رأي شرعي معتبر يلزم به الناس نظامًا معلنًا يطيعونه ويطبقونه، ويلزم نائبه القاضي أن يقضي به؛ فهذا صحيح شرعًا وملزم للقاضي، وليس له تجاوزه والقضاء بسواه اجتهادًا منه»[1].

ويقول الدكتور/ شوقي علام: «ولما كان القضاء اليوم يدور على القاضي المقلد؛ لعدم وجود القاضي المجتهد غالبًا؛ فإنه ينبغي أن يستند في حكمه على الراجح من الأقوال في داخل المذهب الذي يقلده، غير أن هذا الأمر أصبح عسيرًا؛ إذ تحديد الراجح من الأقوال والبحث عنه فيه من الصعوبة بمكان، بحيث لا يقدر عليه القاضي غالبًا في الوقت الحاضر، بل فيه تضييع لوقت المتقاضين، ومساعدة

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٣١٦-٣١٧).

على تأخير الفصل في القضايا، في الوقت الذي ثقل فيه كاهل القاضي بكمٍّ كبيرٍ من القضايا»[١].

ثم يقول: «لكل هذا فإنه ينبغي تقنين الفقه الإسلامي بما يحدد للقاضي القول الراجح والواجب تطبيقه على النزاع المعروض عليه من بين الأقوال في المذهب الفقهي المراد التقنين منه، سواء فيما يتعلق بالأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة، أو ما يتعلق بالبينات التي تثبت الحقوق، وهذا وفقًا لضوابط التقنين»[٢].

وقد ذكر الماوردي أن السياسة تقتضي ألا ينتقل القاضي من مذهب إلى مذهب «إذا أداه اجتهاده إليه؛ لما يتوجه إليه من التهمة والممايلة في القضايا والأحكام، وإذا حكم بمذهب لا يتعداه كان أنفى للتهمة وأرضى للخصوم»[٣].

وما استدل به أصحاب القول الأول من قوله تعالى: {فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ}[٤] متوجه إلى ولي الأمر كما هو متوجه إلى القضاة، بل أولى لما ذكرنا من معانٍ.

وكذلك سلطة ولي الأمر في التشريع في المسائل الاجتهادية المستحدثة التي لم يرد بشأنها حكم، مما يطرح على الفقهاء والمجتهدين لبحثه وبيان حكمه؛ فإنه في حال الاختلاف بينهم يكون أيضًا لولي الأمر رفع الخلاف باختيار أحد القولين في المسألة، وإلزام الناس به، بشرط الرجوع لأهل الاختصاص من الفقهاء وعلماء الشريعة في اختياره.

وهذا كله من قبيل السياسة الشرعية وما تقتضيه من استحداث أحكام للناس بحسب دواعي الحاجة وتطور الزمن[٥].

قال ابن فرحون: «والسياسة نوعان: سياسة ظالمة فالشرع يُحرِّمها، وسياسة عادلة تُخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيرًا من المظالم، وتردع أهل الفساد، ويُتوصل بها إلى المقاصد الشرعية. فالشرعية يجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها، وهي باب واسع تضل فيه الأفهام وتزل فيه الأقدام، وإهماله يضيع الحقوق ويعطل الحدود ويجرِّئ أهل الفساد ويعين أهل العناد. والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة، ويوجب سفك الدماء، وأخذ الأموال بغير الشريعة، ولهذا سلك فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فقطعوا النظر عن هذا الباب، إلا فيما قل ظنًّا منهم أن تعاطي ذلك منافٍ للقواعد

(١) الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(١٧٠- ١٧١).
(٢) الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(١٧١).
(٣) الأحكام السلطانية ص(٨٦).
(٤) سورة ص: آية رقم (٢٦).
(٥) راجع: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص(٢٤٤).

الشرعية، فسدُّوا من طرق الحق سبيلا واضحة، وعدلوا إلى طريق من العناد فاضحة؛ لأن في إنكار السياسة الشرعية ردًّا للنصوص الشرعية وتغليطًا للخلفاء الراشدين. وطائفة سلكت في هذا الباب مسلك الإفراط فتعدوا حدود الله وخرجوا عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع السياسية، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة، وهو جهل وغلط فاحش، فقد قال عز من قائل: {ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ}[1] فدخل في هذا جميع مصالح العباد الدينية والدنيوية على وجه الكمال. وقال صلى الله عليه وسلم: ((**تَرَكْتُ فِيكُمْ مَا إِنْ تَمَسَّكْتُمْ بِهِ لَنْ تَضِلُّوا: كِتَابَ اللَّهِ، وَسُنَّتِي**))[2]. وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع؛ فقمعوا الباطل ودحضوه، ونصبوا الشرع ونصروه، والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم»[3].

وقال في موضع آخر مؤصلًا للسياسة الشرعية ومستدلًّا على مشروعيتها: «قال القرافي: واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفًا للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة، وتشهد له أيضًا القواعد الشرعية من وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ))، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج.

وثانيها: أن المصلحة المرسلة قال بها مالك رضي الله عنه وجمْعٌ من العلماء، وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، ويؤكد العملَ بالمصالح المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أمورًا لمطلق المصلحة، لا لتقدُّم شاهد بالاعتبار، نحو كتابة المصحف، ولم يتقدَّم فيه أمر ولا نظير، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة، وتدوين الدواوين، وعمل السكة للمسلمين، واتخاذ السجن، وغير ذلك مما فعله عمر رضي الله عنه، وهدم الأوقاف التي بإزاء المسجد -يعني مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم- والتوسعة بها في المسجد عند ضِيقه، وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحد، وتجديد أذان في الجمعة بالسوق مما فعله عثمان رضي الله عنه، وغير ذلك كثير جدًّا فُعِلَ لمُطلق المصلحة.

(١) سورة المائدة: آية رقم (٣).

(٢) رواه الحاكم في المستدرك (١/ ١٧٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا بلفظ: «إِنِّي قَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ شَيْئَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا بَعْدَهُمَا: كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّتِي، وَلَنْ يَتَفَرَّقَا حَتَّى يَرِدَا عَلَيَّ الْحَوْضَ»، ورواه أيضًا البيهقي في السنن الكبرى في كتاب آداب القاضي، باب: ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، فإنه غير جائز له أن يقلد أحدًا من أهل دهره، ولا أن يحكم أو يفتي بالاستحسان (١٠/ ١٩٥).

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٢/ ١٣٧)، ونقلها عنه الطرابلسي في معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ص(١٦٩) ط. دار الفكر، بدون تاريخ.

وثالثها: أن الشرع شدَّد في الشهادة أكثر من الرواية؛ لتوهُّم العداوة، فاشترط العدد والحرية، ووسع في كثير من العقود للضرورة، كالعرايا والمساقاة والقراض وغيرها من العقود المستثناة، وضيَّق في الشهادة في الزنا؛ فلم يقبل فيه إلا أربعة يشهدون بالزنا كالمرود في المكحلة، وقَبِل في القتل اثنين، والدماء أعظم لكن المقصود الستر، ولم يحوج الزوج الملاعن إلى بيِّنة غير أيمانه، ولم يوجه إليه حد القذف، بخلاف سائر القذفة؛ لشدة الحاجة في الذب عن الإنسان وصون العيال والفرش عن أسباب الارتياب. وهذه المباينات والاختلافات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال؛ فلذلك ينبغي أن يراعى اختلاف الأحوال والأزمان؛ فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار، فلا تكون من المصالح المرسلة، بل أعلى رتبةً فتلحق بالقواعد الأصلية.

ورابعها: أن كل حُكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه، أو أصل يُقاس عليه كما تقدم في أدلة الباب، وقد تقدم ذكرنا لكلام بعض العلماء، وهو المذهب. على أنه قال: إن لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورًا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم؛ لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام، وما أظن أنه يخالفه أحد في هذا؛ فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقةً لأجل عموم الفساد جاز التوسع في الأحكام السياسية لأجل كثرة فساد الزمان وأهله. وقد قال عمر بن عبد العزيز: «سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور».
قال القرافي: ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما وُلُّوا ولا عُرِّج عليهم، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق؛ فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد حسُن ما كان قبيحًا، واتسع ما كان ضيقًا، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان.

وخامسها: أنه يعضد ذلك من القواعد الشرعية أن الشرع وسع للمرضع في النجاسة اللاحقة لها من الصغير مما لم تشاهده كثوب الإرضاع، ووسع في زمان المطر في الطين على ما فيه من القذر والنجاسة، ووسع لأصحاب القروح في كثير من نجاستها، ووسع للغازي في بول فرسه، ووسع لصاحب البواسير في بللها، وجوَّز الشارع ترك أركان الصلاة وشروطها إذا ضاق الحال كصلاة الخوف ونحوها، وذلك كثير في الشرع؛ ولذلك قال الشافعي: «ما ضاق شيء إلا اتسع». يشير إلى هذه المواطن، فكذلك إذا ضاق علينا الحال في درء المفاسد اتسع، كما اتسع في تلك المواطن.

وسادسها: أن أول بدء الإنسان في زمن آدم عليه السلام كان الحال ضيقًا، فأبيحت الأخت لأخيها وأشياء كثيرة وسع الله تعالى فيها، فلما اتسع الحال وكثرت الذرية حرم ذلك في زمن بني إسرائيل، وحرم السبت والشحوم والإبل وأمور كثيرة، وفرض عليهم خمسون صلاة، وتوبة أحدهم بالقتل لنفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات. ثم جاء آخر الزمان وضعف الجسد وقلَّ الجَلَد؛ فلطف الله بعباده، فأُحلت تلك المحرمات، وخُففت الصلوات، وقُبلت التوبات.

فقد ظهر أن الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الزمان، وذلك من لطف الله عز وجل بعباده، وسنته الجارية في خلقه؛ فظهر أن هذه القرائن لا تخرج عن أصول القواعد، وليست بدعًا عما جاء به الشرع المكرم»[١].

ويقول ابن تيمية في سياق حديثه عن واجبات السلطان: «وعلى أن الواجب تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، فإذا تعارضت كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما هو المشروع»[٢].

وقال ابن القيم: «قال ابن عقيل في الفنون: «جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية أنه هو الحزم، ولا يخلو من القول به إمام. فقال الشافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع. فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحي، فإن أردت بقولك: «إلا ما وافق الشرع» أي: لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة؛ فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف؛ فإنه كان رأيًا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي رضي الله عنه الزنادقة في الأخاديد، ونفي عمر بن الخطاب رضي الله عنه لنصر بن حجاج». وهذا موضع مزلة أقدام، ومضلة أفهام، وهو مقام ضنك، ومعترك صعب، فرَّط فيه طائفة، فعطلوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجرَّءوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقًا صحيحةً من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها، مع علمهم وعلم غيرهم قطعًا أنها حق مطابق للواقع، ظنًّا منهم منافاتها لقواعد الشرع.

ولَعَمْر اللهِ إنها لم تُنافِ ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم وإن نافت ما فهموه من شريعته باجتهادهم، والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصير في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر، فلما رأى ولاة الأمور ذلك، وأن الناس لا يستقيم لهم أمرهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة، أحدثوا من أوضاع سياساتهم شرًّا طويلًا وفسادًا عريضًا؛ فتفاقم الأمر وتعذر استدراكه، وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك واستنقاذها من تلك المهالك.

وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة؛ فسوَّغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله، وكلتا الطائفتين أُتِيَت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتابه؛ فإن الله سبحانه أرسل

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٢/ ١٥٣- ١٥٥)، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص(١٧٦- ١٧٨).

(٢) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ص(٧١).

رسله وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات.

فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان؛ فثَمَّ شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بيَّن سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط. فأي طريق استُخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفةً له، فلا يُقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسةً تبعًا لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله، ظهر بهذه الأمارات والعلامات»[١].

ثم ساق عشرات الأمثلة من فعل النبي صلى الله عليه وسلم، وأفعال أصحابه، وخاصة الخلفاء الراشدين، كتحريق أبي بكر لِلُّوطيَّة، وحرق عمر لحانوت الخمر، ولقصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب عن الناس، وحَلْقه لرأس نصر بن حجاج الذي تشبَّبت به النساء، ثم نفيه، وضربه لصبيغ بن عسيل لسؤاله عما لا يعنيه، ومقاسمة عماله أموالهم لصالح بيت المال، وإلزامه الصحابة تقليل التحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ لئلا ينشغلوا به عن القرآن، وإلزامه للمطلق ثلاثًا بلفظ واحد ثلاث طلقات؛ لاستهانة الناس بذلك، واختياره للناس الإفراد في الحج؛ ليعتمروا في غير أشهر الحج، فلا يزال البيت مقصودًا، وإنشائه الدواوين وتنظيمها، واستحداث ولاية للقضاء، ووظائف إدارية كصاحب المظالم، وصاحب الشرطة، والمحتسب، والحاجب، وجمع عثمان بن عفان الناس على حرف واحد من الأحرف السبعة؛ خشية اختلافهم في القرآن، وتحريق علي بن أبي طالب للزنادقة الرافضة، وغير ذلك[٢].

لكن لا بد من مراعاة عدة ضوابط.

ضوابط رفع ولي الأمر للخلاف:

الضابط الأول: أن يكون الخلاف معتبَرًا سائغًا، أما اختيار ولي الأمر للأقوال الشاذة فلا يرفع الخلاف.

ومن نافلة القول أن نقول: إن اختيار ولي الأمر لرأي يخالف النصوص الشرعية والقواعد المقررة والمتفق عليها لا يرفع خلافًا، بل لا يُعتدُّ به. قال ابن القيم: «والفقهاء من سائر الطوائف قد صرَّحوا بنقض حكم الحاكم إذا خالف كتابًا أو سنة، وإن كان قد وافق فيه بعضَ العلماء، وأما إذا لم يكن

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص(١٢- ١٤) ط. مكتبة دار البيان، بدون تاريخ.

(٢) راجع: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص(١٥، وما بعدها)، وأيضًا: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص(٢٤٥- ٢٥٤).

في المسألة سُنة ولا إجماع وللاجتهاد فيها مساغ لم تنكر على من عمل بها مجتهدًا أو مقلدًا»[١].

وذلك لما سبق تقريره من أن طاعة ولي الأمر مقيدة بما لا يخالف نصًّا شرعيًّا قطعيَّ الثبوت والدلالة، ولا قاعدةً مقررةً متفقًا عليها؛ لأن طاعة ولي الأمر ليست مطلقة ولا مستقلة، وإنما وجبت تبعًا لطاعة الله وطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم؛ ولذلك فإنها مقيدة بها[٢].

وقد حذر العلماء قديمًا وحديثًا من الأخذ بالأقوال والفتاوى الشاذة؛ فمن ذلك:

عن زياد بن حدير قال: قال لي عمر بن الخطاب: «هل تعرف ما يهدم الإسلام؟ قال: قلت: لا، قال: يهدمه زلة العالم، وجدال المنافق بالكتاب، وحكم الأئمة المضلين»[٣].

وقال الأوزاعي: «من أخذ بنوادر العلماء خرج من الإسلام»[٤].

والفتوى الشاذة هي الفتوى التي تخالف ضوابط الفتوى الصحيحة، أو تخالف النظام العام والمشترك الأخلاقي، أو تدعو إلى هدم المجتمع وتنال من أمنه واستقراره، أو تحض على الكراهية والعنف.

ومن أمثلتها: فتوى ثبوت الحرمة برضاع الكبير من امرأة أجنبية عنه، وفتوى جواز إمامة المرأة للرجال في الصلاة، وفتوى اشتراط موافقة الزوجة لوقوع الطلاق[٥].

الضابط الثاني: لا بأس باختيار ولي الأمر للقول المرجوح أو الأضعف، ما دام الخلاف سائغًا، والقول المرجوح يحقق مصلحة معتبرة، وله ما يستند إليه.

وقد يُظهِر تطورُ الزمن أن ما كان يُعد مرجوحًا هو الراجح وهو الأكثر تحقيقًا للمصلحة.

ومن أوضح الأمثلة لذلك اختيار ولي الأمر في جمهورية مصر العربية في مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، في نحو قول الرجل لزوجته: أنت طالق ثلاثًا- أنه يقع طلقة واحدة، وليس ثلاث طلقات، خلافًا لمذهب الجمهور من المذاهب الأربعة جميعًا؛ حيث جاء في القانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩م) في المادة الثالثة منه: «الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارةً لا يقع إلا واحدة»[٦].

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٣/ ٢٨٨).

(٢) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٨- ٣٢٩)، وتطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ص(٢٤١- ٢٤٢).

(٣) رواه الدارمي في سننه، باب: في كراهية أخذ الرأي (١/ ٨٢).

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢١١).

(٥) راجع مثلا لتلك الفتاوى والرد عليها: أشهر الفتاوى الشاذة «التأصيل الفقهي وطرق العلاج» للدكتورة/ لمياء محمد متولي، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف- دقهلية، جامعة الأزهر، العدد (١٦)، الجزء الرابع، سنة ٢٠١٤م.

(٦) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد (٢٧) بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٢٩م.

وقد أخذ القانون المصري ذلك من مذهب الزيدية وبعض الشيعة الإمامية، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من فقهاء الحنابلة خلافًا لمذهبهما[١].

وهذا ما عليه الفتوى في الديار المصرية كما جاء في عدد من فتاوى دار الإفتاء المصرية، منها الفتوى رقم (٥١٧) سجل (٧٤) بتاريخ ٤/ ١٢/ ١٩٥٥م، جوابًا على سؤال من قال قاصدًا زوجته: «طالقة مني ثلاثًا»؛ حيث جاء فيها: «وقع بها طلاق واحد رجعي عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية، وإن كرره في نطق واحد وقرن الطلاق بعدد الثلاث؛ وذلك عملًا بالمادة الثالثة منه، ونصها: «الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارةً لا يقع إلا واحدة»، وهذا الحكم قد اخترناه للفتوى وإن خالف مذاهب الأئمة الأربعة؛ لأنه موافق لمذاهب وأئمة آخرين من فقهاء الصحابة ومجتهدي المسلمين، وفي الأخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث، وحمل الأزواج على اتباع السَّنن المشروع لإيقاع الطلاق مرة بعد مرة»[٢].

وتكررت الفتوى في المسألة نفسها في العديد من الفتاوى، منها: الفتوى رقم (٢٣٣) سجل (٨٣) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٩٥٨م[٣]، والفتوى رقم (٩٩٠) سجل (٩٦) بتاريخ ٥/ ١/ ١٩٦٦م[٤]، والفتوى رقم (٤٢١) سجل (١٠٠) بتاريخ ٥/ ٤/ ١٩٦٦م[٥]، والفتوى رقم (٣٩٤) سجل (١٠٣) بتاريخ ٢١/ ٦/ ١٩٦٩م[٦]، والفتوى رقم (١٥) سجل (١١٥) بتاريخ ١٩/ ٤/ ١٩٨٠م[٧]، والفتوى المقيدة بالطلب رقم (٢٢٨) لسنة ٢٠١٤م[٨]، وغيرها.

الضابط الثالث: لا ينكر تغيُّر اختيار ولي الأمر إذا كان الاختيار مبنيًّا على المصلحة؛ فالأحكام المبنية على المصلحة ونحوها من الأدلة غير النصية تتغير تبعًا لتغير الظروف والأحوال والأزمان والبيئات، كما هو مقرر.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١٢/ ٣٢- ٣٣) فتوى رقم (١٥) سجل (١١٥) بتاريخ ١٩/ ٤/ ١٩٨٠م من فتاوى فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، ط. القاهرة سنة ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ١٦٨) من فتاوى فضيلة الشيخ حسن مأمون.

(٣) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ١٨٤- ١٨٥) من فتاوى فضيلة الشيخ حسن مأمون.

(٤) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٢١٧- ٢١٨) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبدالعال هريدي.

(٥) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٢٥٣- ٢٥٤) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبدالعال هريدي.

(٦) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٣١٥- ٣١٦) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبدالعال هريدي.

(٧) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١٢/ ٣٢- ٣٣) من فتاوى فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق.

(٨) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٠٥- ٣٠٦) المفتي الأستاذ الدكتور/ شوقي علام، ط. القاهرة سنة ١٤٣٨هـ/ ٢٠١٧م.

قال ابن عابدين: «فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه لزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف ورفع الضرر والفساد- لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام»[١].

ويقول الدكتور/ محمد سلام مدكور: «فإن كان [يعني ولي الأمر] مجتهدًا أو المجتهد مرجعًا له في تلك الأحكام فإن من حقه أن ينظر في تغيير الأحكام على وفق المصالح والمفاسد، من غير أن يصطدم مع قاعدة عامة ولا نص قطعي ولا إجماع، فيرى أن الحكم الذي كان واجبًا مثلًا أصبح مباحًا أو ممنوعًا؛ لأن ما كان يقتضي وجوبه تغير باقتضاء آخر يؤدي إلى أحد النوعين الآخرين، وهكذا، وعند ذلك يصير ما رآه ولي الأمر حكمًا شرعيًا ظنيًا، ويوصف بالإباحة أو الحرمة، بعد أن كان الحكم الشرعي فيه الوجوب الظني أيضًا؛ لأن التغيير لا يكون إلا في حكم ظني، إلا إذا كان الحكم الطارئ مخالفًا للأول في وجهة نظره، كما حدث من اختلاف حكم توزيع الغنائم بين المهاجرين والأنصار في عهدي أبي بكر وعمر. وفي غير مثل هذا لا يكون هناك منافاة؛ لأنه حين كان يوصف بالوجوب كان مقترنًا بصفة تقتضي ذلك الوجوب، وحين وصف بالإباحة اشتمل على صفة أخرى اقتضت أن يكون مباحًا، وكذلك حين اتصف بالتحريم فإنه أيضا اشتمل على صفة غير التي كانت له قبل ذلك، وهذه الصفة هي التي اقتضت أن يكون الفعل محرمًا. وبهذا يمكن أن يقال: إن الفعل الثاني غير الفعل الأول، والذي أوجب تلك المغايرة اختلاف الصفتين مما أوجب اختلاف الحكمين. وهذا التغيير كما قلنا قدر مشترك بينه وبين غيره من المجتهدين، إلا أن لتغيير الحاكم صفةً أقوى من تغيير المجتهد الذي لا يعدو بوصف الاجتهاد وحده أن يكون مفتيًا أو معلمًا، وأما وصف الإمرة فإنه يعطي تأكيد الحكم ووجوب الأخذ به لجهتين: جهة العلم والمعرفة، وجهة الحكم والإمارة»[٢].

واختيار ولي الأمر لرأي فقهي والإلزام به دائر على ثلاثة أحكام فقط، وليس على الأحكام التكليفية الخمسة جميعًا، وهي: الوجوب والتحريم والإباحة، وليس من المعقول أن يتطرق ولي الأمر إلى الندب أو الكراهة؛ فإنهما مما يتعلق بما بين الإنسان وربه عز وجل طلبًا للثواب الأخروي؛ فوظيفة ولي الأمر أن يكلف بفعل شيء أو تركه أو يرفع التكليف به؛ تبعًا لما يحقق مصالح الناس، دون مصادمة لنصوص الشريعة وقواعدها العامة ومقرراتها.

فله أن يغير الحكم إلى مقابله، فيغير الوجوب أو الإلزام إلى مقابله، وهو التحريم أو المنع، أو إلى الإباحة، ويغير المنع إلى مقابله وهو الإلزام، أو يغيره إلى الإباحة، أو يغير المباح فيلزم به أو يمنع عنه- كما سيأتي.

(١) رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٥) طبعة قديمة، بدون بيانات ناشر ولا تاريخ.

(٢) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٠- ٣٤١).

قال القرافي: «إنَّ حُكمَ الحاكم وإن كان حُكمًا لله تعالى، فإنه لا يُتصوَّر فيه الأحكامُ الخمسة، فإنَّ مقصودَه إنما هو سَدُّ باب الخصومات، وردُّ الظُّلامات، بل يُتصوَّر فيه ما يكون سببًا لذلك وهو الوجوبُ، كالحكم بوجوب النفقة للمطلَّقةِ البائن عند مَنْ يراه، والتحريمُ، كالقضاء بفسخ النكاح، فإنَّ معناه إبطالُ ما وقع مما يُتوهَّمُ أنه عَقْدٌ يُسبِّبُ الإباحةَ، وردُّ المرأة إلى ما كانت عليه من التحريم. والإباحةُ، نحوُ القضاء بردِّ الأرضِ مُطلَقةً مَوَاتًا مُباحةً بعدَ زوالِ الإحياء عند مالكٍ ومَنْ يَرى رأيَه. وكذلك الصَّيْدُ والنَّحْلُ والحَمَامُ إذا توحَّشَ ونحوُها فإنها إباحات. وأما الندبُ والكراهةُ فإنما يقَعُ من الحاكم على سبيل الفتوى لا على سبيل الحكم، نحوُ أمْرِهِ بالمُتعة للمطلَّقةِ -عند الحاكم المالكي- ونحوِها. فإذا قال الحاكم: الأحسَنُ لكَ أن تفعلَ كذا أو يُكرَهُ لكَ أن تفعل كذا، فإنما هو فتوى من الحاكم، لا حُكمٌ يَدْرَأُ الخِصام. وسبَبُهُ أنَّ النَّدْبَ والكراهَةَ لا يَفصِلان خِصامًا، والحكمُ إنما شرعه الله للحُكَّام لدَرْءِ الخِصام، ولن يندفع الخصامُ إلَّا بالإلزامِ أو الإطلاق كما تقدَّم»[١].

الضابط الرابع: لا بد أن يكون اختيار ولي الأمر مبنيًّا على علم وفقه، إما بنفسه أو بغيره من الفقهاء ذوي النظر والاجتهاد[٢].

يقول الأستاذ/ مصطفى الزرقا: «والاجتهاد الإسلامي قد أقرَّ لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا وفقًا لقاعدة المصالح المرسلة، وقاعدة تبدُّل الأحكام بتبدُّل الأزمان. ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أن السلطان إذا أَمَرَ بأَمْرٍ في موضوع اجتهادي، (أي: قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمرُه واجبَ الاحترام والتنفيذ شرعًا»[٣].

وقد مرَّ بنا آنفًا كلام الدكتور/ مدكور، وقوله: «فإن كان مجتهدًا أو المجتهد مرجعًا له في تلك الأحكام فإن من حقه أن ينظر في تغيير الأحكام على وفق المصالح والمفاسد»[٤].

أما إذا لم يكن اختيار ولي الأمر مبنيًّا على اجتهادٍ بنفسه أو بغيره من ذوي النظر والاجتهاد فيخرج عما نحن بصدده من أن يكون تشريعًا ملزمًا.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ص(٦٩- ٧٠) بتحقيق: عبد الفتاح أبي غدة، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

(٢) راجع: الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(١٧١)، وحكم إغلاق المحلات التجارية وقت صلاة الجماعة للدكتور/ عطية مختار حسين، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية- العدد السادس عشر، ربيع الأول ١٤٣٥هـ/ يناير ٢٠١٤م ص(٤١).

(٣) المدخل الفقهي العام (١/ ٢١٥).

(٤) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٠).

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «إن ولي الأمر الذي ليس بعالم مجتهد لا يكون لأوامره وزن شرعي إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم بالشريعة وموافقتهم»[(١)].

ويقول الدكتور/ محمد سلام مدكور: «وأما إذا لم يكن ولي الأمر مجتهدًا ولا آخذًا من مجتهد فيما يراه من التغيير والتبديل في الأحكام حتى الظنية؛ فليس ذلك من حقه؛ لأنه مخالفة لحكم الله، وليس بتغيير معتبر في الفقه والشريعة؛ إذ أساس التغيير المعتبر هو -كما قلنا- الاجتهاد من أهله، وإذا أقدم الحاكم على هذه المخالفة، ودعا الناس إلى اعتبارها تشريعًا فليس على أحد، بل ليس لأحد أن يأخذ بما رآه، ولا يلتفت إليه في هذا، إلا أن يأمر ظلمًا بالأخذ بما قاله؛ فيرجع الأمر إلى طاعة الحاكم، وقد قلنا إن حكمها في الشريعة أنها لا تجب إلا إذا أمر بطاعة، ويجوز امتثال أمره في المعصية إذا ترتب على مخالفته ضرر أكبر، وتكون الطاعة هنا من قبيل اتقاء شرِّه، والبعد عن جوره، والخلاص من بطشه»[(٢)].

وقال القرافي: «وكذلك إذا أَمروا بمعروف أو نَهَوْا عن منكر وهم يعتقدونه منكرًا أو معروفًا، فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثلَ فعلِهم، إلَّا أن يدعوه الإمامُ لِلإنكار، وتكون مخالفتُه شِقاقًا؛ فتجبُ الطاعةُ لذلك. وأما الحاكم فلا يُساعَدُ على ما نعتقدُ نحن خلافَ ما هو عليه، إلَّا أن يُخشى فتنةٌ يَنهى الشرعُ عن السماحةِ فيها»[(٣)].

الضابط الخامس: أن يكون اختيار ولي الأمر مبنيًّا على دليل شرعي.

وهذا الضابط مرتبط بالذي قبله، فلا بد من تأسيس الاختيار الذي يتبناه ولي الأمر ويلزم به على دليل وجيه، من تحقيق مصلحة، أو سد ذريعة فساد، أو مراعاة عرف، أو تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة العامة[(٤)].

وذلك دفعًا لكل أشكال التعسف في استعمال الحق، وصدًّا لأنواع الشطط في استعمال السلطة[(٥)].

---

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٢٢٢).

(٢) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤١- ٣٤٢).

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص(١٨٤).

(٤) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٨).

(٥) انظر: سلطة الحاكم في تقييد المباح للدكتور/ هشام تهتاه، مقال منشور بسلسلة قضايا مقاصدية التي تصدرها جمعية البحث في الفكر المقاصدي بالمغرب، الكتاب الثاني (مقاصد الشريعة والفقه السياسي المعاصر: رهانات وآفاق) ٢٠١٥م، ومنشور على شبكة الإنترنت على الرابط:

blog-post_13.html/06/http://www.makassed.ma/2019

تاريخ المطالعة: ٨/ ١١/ ٢٠٢١م.

وهذا الاختيار لقول من جملة أقوال بناءً على دليل شرعي بما لا يخالف نصًّا من نصوص الشريعة أو مبدأً من مبادئها يعتبر حكمًا شرعيًّا، ويجب على غيره من المقلدين أن يأخذ به.

والواقع أن ولي الأمر إنما هو منفِّذ للحكم الشرعي الذي وصل إليه، سواء أكان ذلك باجتهاده هو أو باجتهاد غيره، شأن تنفيذ سائر الأحكام[١].

وينبني على ذلك أن اختيار ولي الأمر لقول أو رأي، والأمر به والإلزام بمقتضاه يحدث حكمًا شرعيًّا بما ينبني عليه من الثواب والعقاب في الدنيا والآخرة.

يقول الدكتور/ محمد سلام مدكور: «والواقع أن امتثال أمر الإمام يُحدِثُ حكمًا شرعيًّا أخرويًّا وحكمًا دنيويًّا؛ فأمر الإمام يُحدِثُ وجوبًا شرعيًّا، ونهيه يُحدِثُ حرمةً شرعيةً؛ فإن الحكم الذي يَحدُثُ عند أمر الإمام ونهيه لم يَحدُثْ في الحقيقة بأمره ونهيه، بل حدث بأمر الله تعالى وخطاب التكليف: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ}[٢] يتوجه على الناس عند أمر الإمام ونهيه، فالأمر من قِبَلِ الإمام سبب في توجه خطاب الشارع، كما أن الزوال سبب في توجه الخطاب بإقامة الصلاة؛ فالذي أحلَّ وحَرَّم هو الله تعالى»[٣].

وكما يُحدِثُ إلزامُ ولي الأمر حكمًا شرعيًّا تكليفيًّا يُحدِثُ كذلك حكمًا شرعيًّا وضعيًّا؛ فما اعتبره من العقود باطلًا فهو باطل، وإن كان في أصله صحيحًا، كذلك يُعتبر ما يُلزِمُ به فيما يتعلق بانعقاد الزواج أو التفريق بين الزوجين عند تحقق مقتضاه بشروطه.

يقول الأستاذ الزرقا: «فاليوم مثلًا بعد صدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية من بيع ورهن ونحوهما في السجل العقاري، وتقضي باعتبار ما يعقد من هذه العقود خارج المكتب العقاري باطلًا أو غير نافذ الأثر -يجب أن تُعتبر هذه العقود في نظر الشرع أيضًا هكذا باطلة أو غير نافذة على حسب النص القانوني؛ لأن هذا المنع صدر عن ولي الأمر لمصلحة زمنية في تنظيم السجل العقاري يعود إليه شرعًا أمر تقديرها.

فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أن هذه العقود العقارية تبقى صحيحة ونافذة شرعًا في الواقع، وأنه يجب تنفيذها ديانةً وإن كانت باطلة أو غير نافذة قضاءً بالنظر القانوني، بحجة أن الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلًا، وإنما اكتفى بالإيجاب والقبول اللفظيين.

(١) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٨).

(٢) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

(٣) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٩).

ومثل ذلك يجب أن يعتبر في قضية التفريق بين الزوجين قضاءً بطلب المرأة بناءً على قانون الأحوال الشخصية لدينا، فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أن المرأة تبقى في الواقع ديانة على عصمة زوجها الذي قُضِي بالتفريق بينها وبينه»(١).

والإمام أو ولي الأمر في ذلك شأنه شأن المجتهدين؛ لأنه إما أن يكون مجتهدًا أو المجتهد مرجعًا له في تلك الأحكام؛ فمن حقه أن ينظر في الأحكام الظنية على وفق المصالح والمفاسد، دون مخالفة لنصوص الشريعة ومقرراتها ومبادئها العامة وإجماعات الفقهاء(٢).

وتقنين الفقه الإسلامي يعتمد في جزء كبير منه على سلطة ولي الأمر في رفع الخلاف واختيار أحد الأقوال والمذاهب الفقهية والاجتهادية المطروحة، بناءً على مشورة ذوي الاختصاص.

والحاصل في جميع الدول تقريبًا أنه يتم دراسة مثل ذلك من قِبل المجالس التشريعية، ويُعرض على ذوي الاختصاص، ثم تَصدر به القوانين بعد استكمال إجراءاتها.

المطلب الثالث: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح:

التقييد في اللغة: مصدر قيَّد يُقيِّد. والقَيْد: حبل ونحوه يُجعل في رِجل الدابة وغيرها فيمسكها. وجمعه أقياد وقيود. يقال: فرس قيد الأوابد، أي: سريع العدو يدرك الوحوش ويمنعها الشِّراد؛ فكأنه قيد لها. وقيَّد العلمَ بالكتاب: أثبته وضبطه، وقيَّد الخط: نقطه وشكَّله، وقيَّد الشيء في دفتر أو ورقة: سجله(٣).

فمعناه يدور حول المنع والضبط.

فالذي يملك حق التقييد هو ولي الأمر، وذلك بوضع القيود المانعة من التصرف، أو إحداث ضوابط وتنظيمات جديدة والإلزام بها ومنع ما عداها(٤).

والمباح لغةً: يعني المطلق والحلال والمأذون فيه، وهو خلاف المحظور، مشتق من الإباحة وهي الإعلان والإظهار(٥).

وعند الأصوليين المباح أحد الأحكام التكليفية الخمسة.

(١) المدخل الفقهي العام (١/ ٢١٩- ٢٢٠).

(٢) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٩- ٣٤٠).

(٣) راجع: لسان العرب (٣/ ٣٧٢- ٣٧٤) مادة (قيد)، والمعجم الوسيط ص(٧٦٩) مادة (قيد).

(٤) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح «دراسة نظرية وتطبيقية» للباحثة/ غزيل العتيبي ص(١١١) رسالة ماجستير بجامعة الملك سعود بالرياض ١٤٢٧هـ.

(٥) راجع: لسان العرب (٢/ ٤١٦) مادة (بوح)، والمعجم الوسيط ص(٧٥) مادة (باح).

ويطلق عند المتقدمين على مطلق الإذن في الفعل أيا كانت درجة هذا الإذن، قال العطار في حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: «وفسرت الإباحة برفع الحرج عن الإقدام على الفعل فيندرج فيها الواجب والمندوب والمكروه والمباح ولا يخرج سوى الحرام ، وهذا هو تفسير المتقدمين»[١].

أما المتأخرون فخصوه بالتخيير بين الفعل والترك على السواء[٢].

ومن ذلك تعريف الغزالي بأنه «التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع»[٣].

وزاد الآمدي قيدًا لإخراج نحو الواجب المخير فقال: «ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك، من غير بدل»[٤].

وتعريف الزركشي بقوله: «هو ما أذن في فعله وتركه من حيث هو ترك له، من غير تخصيص أحدهما باقتضاء مدح أو ذم»[٥].

وقال البيضاوي: «ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم»[٦].

وعرفه المرداوي بأنه: «ما خلا من مدح وذم لذاته»[٧].

ولذلك يمكن القول بأن المباح اصطلاحًا هو: ما أُذِنَ في فعله وتركه، من غير ترجيح أحدهما على الآخر، دون مدح أو ذم، ودون بدل.

صيغ المباح:

للمباح صيغ كثيرة ومتعددة، بعضها صريح وبعضها الآخر ليس صريحًا.

ومن أهم هذه الصيغ:

(١) حاشية العطار (١/ ٢٢٤) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، طبعة قديمة بدون تاريخ.

(٢) انظر: حاشية العطار (١/ ٢٢٤).

(٣) المستصفى ص(٥٩).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٦٥- ١٦٦).

(٥) البحر المحيط (١/ ٢٧٥).

(٦) منهاج الوصول إلى علم الأصول مع شرحه نهاية السول للإسنوي (١/ ٥١) بتحقيق: الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل، ط. دار ابن حزم- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

(٧) تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول ص(١١٨).

صيغة الحل:

ومن ذلك قول الله تعالى: {ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ}[١].

فقد أباح الله الطيبات، وأباح طعام أهل الكتاب، وأباح للرجل المسلم الزواج بنساء أهل الكتاب، واستخدم لفظ الحل[٢].

ومنه قوله سبحانه: {أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ}[٣].

صيغة الأمر الذي تدل القرائن على أنها تفيد الإباحة، بأن كان الأمر واقعًا بعد حظر سابق:

ومن ذلك قوله تعالى: {وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ}[٤]، أي: إذا تحللتم من الإحرام فالصيد مباح لكم، وقد كان محظورًا حال الإحرام بقوله تعالى: {غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ}[٥]، فهذه قرينة صرف الأمر عن الوجوب إلى الإباحة[٦].

ومنه أيضًا قوله تعالى: {فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ}[٧]، فهذان الأمران يدلان على الإباحة بقرينة أيضًا، وهي أن هذين الفعلين كانا ممنوعين قبل الصلاة بقوله عز وجل: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ}[٨].

وأيضًا: {فَٱلۡـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبۡتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡۚ وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلۡخَيۡطُ ٱلۡأَبۡيَضُ مِنَ ٱلۡخَيۡطِ ٱلۡأَسۡوَدِ مِنَ ٱلۡفَجۡرِۖ}[٩]، فهذه الأفعال تدل على إباحة إحداثها بقرينة أنها كانت محرمة على الصائمين إذا ناموا قبل الإفطار، فشق ذلك عليهم، كما يدل عليه قوله تعالى قبله مباشرة: {عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمۡ كُنتُمۡ تَخۡتَانُونَ أَنفُسَكُمۡ فَتَابَ عَلَيۡكُمۡ وَعَفَا عَنكُمۡۖ}؛ ولهذا يقول الأصوليون: إن الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة[١٠].

(١) سورة المائدة: آية رقم (٥).

(٢) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٤).

(٣) سورة المائدة: آية رقم (١).

(٤) سورة المائدة: آية رقم (٢).

(٥) سورة المائدة: آية رقم (١).

(٦) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٥).

(٧) سورة الجمعة: آية رقم (١٠).

(٨) سورة الجمعة: آية رقم (٩).

(٩) سورة البقرة: آية رقم (١٨٧).

(١٠) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٧٣). هذا، وقد وقع الخلاف بين الأصوليين في مسألة الأمر بعد الحظر، فقيل: يفيد الإباحة، وقيل: يفيد الوجوب، وقيل بالوقف، وقيل: يعود إلى ما كان عليه قبل الحظر، وهو التحقيق.

نفي الحرج:

ومن ذلك قوله سبحانه: {لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا۟ مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابَآئِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَٰنِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَٰمِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّٰتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَٰلِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَٰلَٰتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُۥٓ أَوْ صَدِيقِكُمْ}[١]، حيث رفع الشارع الحكيم الحرج عن الأعمى والأعرج والمريض في ترك الجهاد، وأباح لهم التخلف صراحة[٢]، وكذلك أباح للمسلم أن يأكل من بيته، ويشمل بيت ابنه فهو بيته كذلك، أو من بيت أبيه وأمه وأخيه وأخته، ومن هم كالأب والأم وهم أعمامه وعماته وأخواله وخالاته، وكذلك كل بيت ملك مفتاحه فإنه إذن بذلك، وبيت صديقه[٣].

وقد استخدم الشارع لفظ نفي الحرج للدلالة على الإباحة، وهي دلالة صريحة[٤].

ومنه أيضًا قوله تعالى: {لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا۟ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ}[٥].

قال الشوكاني: «أي: ليس على المعذورين الناصحين من سبيل، أي: طريق عقاب ومؤاخذة»[٦].

نفي الجناح:

ومن ذلك الآية السابقة أيضًا؛ حيث جاء فيها بعد قوله: {أَوْ صَدِيقِكُمْ}: {لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَأْكُلُوا۟ جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا}، فعبر كذلك بنفي الجناح، بعد تعبيره في أولها بنفي الحرج، وكلاهما يفيد الإباحة.

ومن ذلك أيضًا: قول الله عز وجل: {وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ}[٧]، حيث أباح الشارع للآباء أن يسترضعوا لأولادهم مراضع غير الوالدات، مستخدمًا صيغة نفي الجناح للدلالة على الإباحة[٨].

(١) سورة النور: آية رقم (٦١).

(٢) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٥).

(٣) راجع: تفسير الشعراوي «خواطر حول القرآن الكريم» (١٧/ ١٠٣٣٨- ١٠٣٣٩) ط. أخبار اليوم بالقاهرة سنة ١٩٩١م.

(٤) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٥)، وأيضًا: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٦٦- ٦٧).

(٥) سورة التوبة: آية رقم (٩١).

(٦) فتح القدير للشوكاني (٢/ ٤٤٧) ط. دار ابن كثير- دمشق، ودار الكلم الطيب- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

(٧) سورة البقرة: آية رقم (٢٣٣).

(٨) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٥)، وأيضًا: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٦٧- ٦٨).

ومنه أيضًا: قوله تعالى: {حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُمۡ وَعَمَّٰتُكُمۡ وَخَٰلَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُ ٱلۡأَخِ وَبَنَاتُ ٱلۡأُخۡتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ}[١]، حيث ذكرت الآية المحرمات من النساء، فذكرت منهن الربيبة في حال الدخول بأمها، أما إذا لم يكن الرجل دخل بأمها فيباح له أن ينصرف عن الأم إلى ابنتها؛ لما جبلت عليه الأم من تقديم ابنتها وأولادها بصفة عامة على نفسها، وتقبُّلها لذلك، بخلاف البنت فلا تتقبل أن ينصرف عنها الرجل إلى أمها؛ ولذلك لم تقيد الآية عند ذكرها {وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ} بالدخول.

ومنه كذلك قوله تعالى: {لَّيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَدۡخُلُواْ بُيُوتًا غَيۡرَ مَسۡكُونَةٖ فِيهَا مَتَٰعٞ لَّكُمۡۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ مَا تُبۡدُونَ وَمَا تَكۡتُمُونَ}[٢].

قال القرطبي: «روي أن بعض الناس لما نزلت آية الاستئذان تعمق في الأمر؛ فكان لا يأتي موضعًا خربًا ولا مسكونًا إلا سلَّم واستأذن، فنزلت هذه الآية، أباح الله تعالى فيها رفع الاستئذان في كل بيت لا يسكنه أحد؛ لأن العلة في الاستئذان إنما هي لأجل خوف الكَشْفَة على الحرمات، فإذا زالت العلة زال الحكم»[٣].

وقد ورد نفي الجناح في مواضع أخرى في القرآن الكريم بما يطول المقام بذكره.

نفي الإثم:

ومن ذلك قول الله تعالى: {وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡدُودَٰتٖۚ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوۡمَيۡنِ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۖ لِمَنِ ٱتَّقَىٰۗ}[٤]، حيث أباحت الآية التعجل في رمي الجمار في أيام التشريق الثلاثة بأن تكون في يومين، وينصرف من منى قبل غروب شمس اليوم الثاني.

ومن ذلك أيضًا قوله سبحانه: {إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ}[٥]، فأباحت الآية لمن اضطر إلى تناول الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو مما ذبح لغير الله أن يتناوله ما دام مضطرًّا إليه غير متجاوز لحد الضرورة، ولا معتدٍ على حق الغير[٦].

(١) سورة النساء: آية رقم (٢٣).

(٢) سورة النور: آية رقم (٢٩).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (١٢/ ٢٢١) ط. دار الكتب المصرية بتحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

(٤) سورة البقرة: آية رقم (٢٠٣).

(٥) سورة البقرة: آية رقم (١٧٣).

(٦) راجع: تفسير الشعراوي (٢/ ٧١٩- ٧٢٠).

نفي المؤاخذة:

ومن ذلك قول الله تعالى: {لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ}[١]، حيث تجاوز الشارع الحكيم عن يمين اللغو غير المقصودة والتي لا ينعقد عليها القلب مما يجري على الألسنة دون قصد.

نفي الحنث:

ومنه أن النبي صلى الله عليه وسلم مرَّ بقوم يرمون وهم يحلفون: أخطأت والله، أصبت والله، فلما رأوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أمسكوا؛ فقال صلى الله عليه وسلم: ((**ارْمُوا فَإِنَّ أَيْمَانَ الرُّمَاةِ لَغْوٌ لَا حِنْثَ فِيهَا وَلَا كَفَّارَةَ**))[٢].

نفي السبيل:

ومنه قول الله تعالى: {وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ}[٣]، أي: كعقوبة ومؤاخذة؛ لأنهم أتوا ما أبيح لهم من الانتصار[٤].

نفي البأس:

ومن ذلك ما ثبت عن عوف بن مالك الأشجعي قال: ((**كُنَّا نَرْقِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقُلْنَا: يَا رَسُولَ اللهِ كَيْفَ تَرَى فِي ذَلِكَ؟ فَقَالَ: اعْرِضُوا عَلَيَّ رُقَاكُمْ، لَا بَأْسَ بِالرُّقَى مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شِرْكٌ**))[٥].

وهذا اللفظ يَرِد كثيرًا في استعمال الفقهاء[٦]، مثل قول الحنفية: «ولا بأس بتوسد الحرير»[٧]، وقول المالكية: «ولا بأس أن يعتمر بعد أيام الرمي في آخر ذي الحجة»[٨]، وقول الشافعية: «ولا بأس بالدعاء لسلطان بعينه حيث لا مجازفة في وصفه»[٩]، وقول الحنابلة: «ولا بأس بذوق المبيع عند الشراء»[١٠].

فهو من مصطلحاتهم للإباحة.

(١) سورة البقرة: آية رقم (٢٢٥).

(٢) رواه الطبراني في المعجم الصغير (٢/ ١٣٦) ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

(٣) سورة الشورى: آية رقم (٤١).

(٤) تفسير الفخر الرازي «مفاتيح الغيب» (٢٧/ ١٨٢) ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

(٥) رواه مسلم في كتاب السلام، باب: لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك، رقم (٢٢٠٠).

(٦) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٦).

(٧) انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٢/ ٩٨) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

(٨) مواهب الجليل (٢/ ٤٦٨).

(٩) تحفة المحتاج (٢/ ٤٤٩).

(١٠) كشاف القناع (٣/ ١٤٩).

نفي التحريم:

ومن ذلك قول الله تعالى: {قُلۡ مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ قُلۡ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا خَالِصَةٗ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ}[١].

نفي النهي:

ومنه قوله عز وجل: {لَّا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يُقَٰتِلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَلَمۡ يُخۡرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمۡ أَن تَبَرُّوهُمۡ وَتُقۡسِطُوٓاْ إِلَيۡهِمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ}[٢].

الاستثناء من التحريم الصريح أو الضمني:

فمن الصريح قوله تعالى: {وَمَا لَكُمۡ أَلَّا تَأۡكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ وَإِنَّ كَثِيرٗا لَّيُضِلُّونَ بِأَهۡوَآئِهِم بِغَيۡرِ عِلۡمٍۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعۡلَمُ بِٱلۡمُعۡتَدِينَ}[٣]، حيث استثنت الآية الأكل للضرورة مما حرم الأكل منه، مما لم يذكر اسم الله عليه وغيره من المحرمات.

وفي التقرير والتحبير: «وسقوط حرمة الخمر والميتة للمضطر مخافة الهلاك على نفسه من العطش والجوع، والمكره على شرب الخمر وأكل الميتة بالقتل؛ فحرمتهما ساقطة مع عذر الاضطرار ثابتًا عند عدمه، وهذا صحيح واضح على ما هو ظاهر الرواية من سقوط الحرمة في هذه الحالة للاستثناء؛ إذ الاستثناء من الحظر إباحة»[٤].

ومن الضمني قول النبي صلى الله عليه وسلم: **((لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ))**[٥]. حيث استثنى الحديث من نفي حل الدم ثلاث حالات فقط؛ مما يعني أن ما سوى هذه الثلاث غير مستثنى من عدم الحل.

فتلك الصيغ كلها تفيد الإباحة[٦].

---

(١) سورة الأعراف: آية رقم (٣٢).

(٢) سورة الممتحنة: آية رقم (٨).

(٣) سورة الأنعام: آية رقم (١١٩).

(٤) التقرير والتحبير لابن أمير حاج (٢/ ١٥١) بتصرف يسير، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: كتاب الديات، باب: قول الله تعالى: {أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ وَٱلۡأَنفَ بِٱلۡأَنفِ وَٱلۡأُذُنَ بِٱلۡأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٞ لَّهُۥۚ وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ}، رقم (٦٨٧٨)، ومسلم في صحيحه: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: ما يباح به دم المسلم، رقم (١٦٧٦).

(٦) راجع لصيغ الإباحة: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٦٥- ٨٠)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٤٤- ٤٩)، وأصول الأحكام الشرعية: القسم الثاني للدكتور/ يوسف قاسم ص(٦١) ط. المؤلف ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م، وأيضًا: أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص(٣٣٢- ٣٣٣)، وسلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح للباحث/ وليد بن محمد المطير ص(٢٩- ٣٤) رسالة ماجستير بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض سنة ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.

أما تقييد المباح فلم نجد تعريفًا له عند القدامى، وعرفه المعاصرون بعدة تعريفات. منها: أنه «الحد من مباشرة الحق بقيود من الشارع ابتداءً أو بنظر فقهي ملزم ولمصلحة معتبرة»[1].

ومنها: «ترجيح أحد طرفيه لأسباب مشروعة ومؤقتة على سبيل الإلزام أو الندب، ما لم يوجد مانع شرعي من نص خاص أو قاعدة كلية»[2].

ومنها: أنه «إيقاف فعل المباح أو تعطيله أو الامتناع عنه بقيد شرعي أو بنظر فقهي؛ اعتبارًا للحال أو الانتقال أو المآل»[3].

وكل تعريف من تلك التعريفات أضاف أوصافًا وحدودًا لتقييد المباح، وإن كان يمكن مناقشة التعريف الأول بأن التعبير بـ (الحد من مباشرة الحق) لا يشمل تقييد المباح بإيجاب فعله، إلا إذا حملنا الحق الوارد فيه على حق المكلف في الاختيار بين طرفي المباح. لكن يبقى أن معنى الحق هنا عام؛ بحيث يدخل فيه ما يخرج عن نطاق المباح المراد هنا.

كما يُناقش التعريف الثاني بأنه نص على أن يكون ترجيح أحد طرفي المباح مؤقتًا، وهذا ليس مطردًا؛ فهناك من المباحات التي يجوز تقييدها ما يكون دائمًا، وذلك كمنع سير السيارات بسرعات عالية تتجاوز ما يحدده ولي الأمر مثلا.

أما التعريف الثالث فأغفل كون تقييد المباح لمصلحة معتبرة، وهو قيد مهم في التعريف. كما أن التقييد قد يكون بالأمر بالمباح والإلزام بفعله، كما في الإلزام بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج مثلًا.

ولذلك نرى أن الأولى أن يُعرَّف تقييد المباح بأنه ترجيح أحد طرفي المباح على سبيل الإلزام أو الندب بقيد شرعي، أو بنظر فقهي لمصلحة معتبرة.

وذلك بالإلزام بالمباح وإيجابه، أو المنع منه وحظره؛ فيُنقَل من دائرة المباح إلى دائرة الأمر بإحدى درجتيه الوجوب أو الندب، أو ينقل إلى دائرة النهي بدرجتيه أيضًا التحريم أو الكراهة.

(١) تقييد المباح، رسالة دكتوراه بكلية الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية ببغداد سنة ٢٠٠٦م للدكتور/ مصطفى السامرائي ص(١٦).

(٢) سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(١١٥- ١١٦). وراجع أيضًا: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩١-٩٢).

(٣) قواعد تقييد المباح للدكتور/ محمود سعد مهدي، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد الثامن عشر (رمضان ١٤٣٥هـ/ يوليو ٢٠١٤م) ص(١٢٥).

وبعد فإن للفقهاء في حكم تقييد ولي الأمر للمباح رأيين[١]:

الرأي الأول:

أنه ليس لولي الأمر تقييد المباح، أي أنه لا يجوز له أن يلزم بالعمل بالمباح فيجعله واجبًا أو مندوبًا، ولا أن يحظره وينهى عنه فيجعله حرامًا أو مكروهًا، وإذا أمر به أو نهى عنه لا تجب طاعته فيه[٢].

قالوا: لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما أحله الله تعالى، ولا أن يحل ما حرمه الله[٣].

وذلك لأن الوجوب يقتضي طلب الفعل مع المنع من الترك، والحظر يقتضي النهي عن الفعل وطلب الترك، أما المباح فيقتضي التخيير بين الفعل والترك، دون مزية لأحدهما.

والمباح من حيث هو مباح لا يكون مطلوب الفعل ولا يكون مطلوب الاجتناب[٤]؛ لأن الأمر اقتضاء وطلب، والمباح ليس بمقتضى[٥].

وأيضًا لا يكون ترك المباح طاعة؛ لأنه لو كان كذلك لكان فاعله أرفع درجة، وهذا غير صحيح؛ لأن فعله وتركه في نظر الشرع سواء، وأيضًا إن جاز كون تارك المباح مطيعًا بالترك جاز أن يكون فاعله مطيعًا بالفعل، وهو تناقض[٦].

ووفقًا لهذا الرأي قالوا: إنه لا يجوز لولي الأمر أن يمنع تعدد الزوجات، وهو في الأصل مباح؛ لأن الله تعالى يقول: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟}[٧]، ومنعه يؤدي إلى تعطيل النص الشرعي؛ فلا يجوز لولي الأمر التدخل فيه بالمنع، كما لا يجوز له التدخل فيه بالإلزام[٨].

---

(١) وإن كان الألوسي في تفسيره روح المعاني اعتبرهما ثلاثة مذاهب، لكنها في واقع الأمر ترجع إلى قولين فقط. راجع: روح المعاني (٥/ ٦٦). وراجع أيضًا: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٣٠٣- ٣٠٤)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٣-١٠٧).

(٢) راجع: روح المعاني (٥/ ٦٦)، وأيضًا: المستصفى ص(٦٠).

(٣) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٩).

(٤) انظر: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (١/ ١٠٩) بشرح وتعليق الشيخ عبدالله دراز، وضبط وترقيم الأستاذ محمد عبدالله دراز، ط. المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

(٥) انظر: المستصفى ص(٥٩).

(٦) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٠٦-٣٠٧).

(٧) سورة النساء: آية رقم (٣).

(٨) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٤- ٩٥).

ولو جاز لولي الأمر التدخل في هذا الشأن؛ لجاز له التدخل في غير ذلك من الشؤون الفردية؛ فالله عز وجل يقول: {وَكُلُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ حَلَٰلًا طَيِّبًاۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِيٓ أَنتُم بِهِۦ مُؤۡمِنُونَ}[١]؛ فلا يجوز لولي الأمر أن يتدخل في شأن الفرد، فيُلزمه بنوع معين من الأكل، ويمنع عليه آخر؛ لأن الله لم يأذن لولي الأمر بذلك، وترك هذا الشأن للفرد[٢].

الرأي الثاني:

ويرى أصحاب هذا الرأي وجوب طاعة ولي الأمر في تقييده للمباح بالمنع أو بالإيجاب.

ونص عليه الحنفية، وبعض المالكية، وبعض محققي الشافعية- على حد تعبير الألوسي[٣]. بل قال الدكتور/ محمد سلام مدكور: «لا معنى لأن يقول الألوسي هنا: وقال بعض محققي الشافعية...؛ لأن هذه قضية عامة معروفة بين العلماء لا يظهر فيها جديد لبعض محققي الشافعية»[٤].

قال ابن عابدين: «طاعة أمر السلطان بمباح واجبة»[٥].

وقال في موضع آخر: «تجب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية»[٦].

ويدل عليه كلام القرافي؛ حيث بين أن الله تعالى «قرر في أصل شريعته أن للمكلف أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب في أصل الشرع، فينقل أي مندوب شاء فيجعله واجبًا عليه»[٧].

ثم قال: «وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف -وإن كان عاميًّا جاهلًا- الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة؛ فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم؛ لضرورة درء العناد، ودفع الفساد، وإخماد النائرة، وإبطال الخصومة»[٨].

واستندوا لعموم الأمر بطاعة أولي الأمر، الوارد في قوله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ}[٩].

(١) سورة المائدة: آية رقم (٨٨).

(٢) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٥).

(٣) انظر: روح المعاني (٥/ ٦٦).

(٤) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٠).

(٥) حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٧-١٦٨).

(٦) حاشية ابن عابدين (٢/ ١٧٢).

(٧) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص(٣٨).

(٨) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص(٤١).

(٩) سورة النساء: آية رقم (٥٩).

ولأن الامتثال لولي الأمر في تقييد المباح أمرًا أو نهيًا لا يترتب عليه معصية؛ فتجب طاعة ولي الأمر في الأمر بفعله أو تركه، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى حرام، وأن تكون فيه مصلحة عامة، ويحقق مقصدًا من مقاصد الشريعة. فهو من قبيل السياسة الشرعية المخوَّلة للإمام(١).

ولذلك يقول الفقهاء: «إنَّ تصرفَ الإمامِ على الرعيةِ مَنُوطٌ بالمصلحة»(٢).

ولأن له باعتباره وكيلا عن الأمة في حفظ حقوق أفرادها أن ينشئ من الأحكام والتنظيمات ما يراعي فيه أعراف الناس وأحوالهم المتجددة بما يحفظ حقوقهم ويحقق مصالحهم(٣).

ووفقًا لهذا الرأي يجوز لولي الأمر أن يمنع المباح تارةً، وأن يأمر به تارةً أخرى، فيقيده وفقًا لما يؤول إليه المنع أو الأمر بحسب الحال والزمان والمكان، وهذا التقييد ليس على سبيل الدوام؛ فهو مؤقت باستمرار الحاجة أو الضرورة الداعية لترجيح أحد تلك الأمور؛ فالمنع أو الأمر أو التقييد هو ترجيح بعض الخيارات لأسباب معقولة ومؤقتة ما لم يوجد مانع شرعي من نص خاص أو قاعدة كلية أو ضابط؛ فالمباح ليس مباحًا بإطلاق؛ لأن منعه أو الإلزام به أو تقييده تتعلق به حقوق الآخرين، ولا بد من مراعاتها، وولي الأمر وهو يمنع أو يُلزم أو يُقيد الإباحة لا يقيدها بالهوى، بل بالنظر لمصلحة الرعية، فإذا وافقها كان فعله مشروعًا، وإن كان على خلاف ذلك كان مطلوب الترك(٤).

قال ابن عابدين: «فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد؛ لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام»(٥).

وقال الشاطبي: «والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقًا إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلومًا على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها، راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حاجي أو تحسيني»(٦).

(١) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٢٩)، وراجع: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٧- ١٠٥).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص(١٢١) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي (١/ ٣٦٩) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١/ ٣٠٩) بتحقيق: الدكتور/ تيسير فائق أحمد محمود، ط. وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص(٣٠٩) ط. دار القلم بدمشق، الطبعة السادسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

(٣) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح «دراسة نظرية وتطبيقية» للباحثة/ غزيل العتيبي ص(١٤٦).

(٤) مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٨- ٩٩).

(٥) رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٥).

(٦) الموافقات في أصول الشريعة (٢/ ٣٦٤).

على أن البعض يتوسع في هذا الرأي عن البعض الآخر، فبعضهم خصَّه بالمباحات التي سكت عنها الشرع مما ثبت بالإباحة الأصلية، لا بتخيير الشارع، والبعض يؤكد على ضرورة وجود مصلحة محققة، لا موهومة[١].

والحق أن ما ذكره البعض واعتُبر اتجاهًا أو رأيًا هو في حقيقته إما قول بجواز تقييد ولي الأمر للمباح، وإما قول بعدم جواز ذلك، وما ذكره بعض المعاصرين لا يعدو أن يكون ضوابط للتقييد[٢].

المناقشة والترجيح:

بالنظر في كلا الرأيين وما استند عليه كلٌّ منهما نرى أن الراجح هو الرأي الثاني القائل بأن لولي الأمر أن يقيد المباح بالإلزام به أو حظره حسب ما يراه من مصلحة معتبرة في ذلك، وبمراعاة مجموعة من الضوابط- كما سيأتي.

ويُناقَشُ الرأي الأول بأن إلزام ولي الأمر بالمباح أو منعه ليس فيه تحليل لما حرمه الله ولا تحريم لما أحله؛ لأن المباح لم يأمر فيه الشارع بشيء ولم ينه عنه، ولكن ولي الأمر رأى فيه مصلحة عامة فألزم به، أو رأى فيه مفسدة عامة فنهى عنه، وإلزامه أو نهيه لا يوصف بأنه تحليل لما حرمه الشارع، أو تحريم لما أحله، إنما هو عمل اجتهادي اقتضته السياسة الشرعية، شريطة أن يكون فيه تحقيق لمصلحة عامة أو مقصد من مقاصد الشريعة[٣].

يقول الدكتور/ محمد سلام مدكور: «طاعتهم في المباح لا تستلزم تحريم ما أحل الله ولا تحليل ما حرم، غاية ما في الأمر أن هناك أمرًا لا تأمر فيه الشريعة بشيء، ولكن الحاكم رأى فيه مصلحة فأمر به، أو رأى فيه مفسدة عامة على مقتضى ما يُشترط في طاعته فنهى عنه، لا على أنه تشريع، بل على أنه توجيه للأمر الصالح وإلزام به حتى لا تفوت مصلحته، أو بالأمر الضار ونهي عنه حتى لا تقع مفسدته. هذا أمر لا معنى لوصفه بأنه تحليل لما حرم ولا تحريم لما أحل»[٤].

(١) راجع: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٧- ١٠٥).

(٢) راجع: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١٠٦-١٠٨).

(٣) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٠)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٩٦، ١٠٨)، وسلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٣٠٤).

(٤) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٣٠).

وما دامت الشريعة منوطة بمصالح العباد؛ فلا بد أن تتفق أحكامها مع أسبابها من دفع ضرر أو جلب نفع؛ فالاجتهاد الصحيح دائر مع مقاصد الشريعة، وليس هناك نص يناقض صحيح العقل، كما أنه ليس هناك شرع يناقض العدل والمصلحة الحقيقية[١].

وإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال: ((**إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي المَعْرُوفِ**)) فإن ذلك يشمل كل ما لم يكن إثمًا؛ فيدخل فيه تقييد المباح الذي قد يراه ولي الأمر يحقق مصلحة عامة، وقد جاء في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: ((**دَعَانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَبَايَعْنَاهُ، فَكَانَ فِيمَا أَخَذَ عَلَيْنَا: أَنْ بَايَعَنَا عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي مَنْشَطِنَا وَمَكْرَهِنَا، وَعُسْرِنَا وَيُسْرِنَا، وَ أَثَرَةٍ عَلَيْنَا، وَأَنْ لَا نُنَازِعَ الْأَمْرَ أَهْلَهُ، قَالَ: إِلَّا أَنْ تَرَوْا كُفْرًا بَوَاحًا عِنْدَكُمْ مِنَ اللهِ فِيهِ بُرْهَانٌ**))[٢].

فالمعروف هو كل ما وافق الحق، ولو لم يكن فيه نص صريح من الشارع، والعبرة بما لا يخالف النص الشرعي من الأوامر التي يصدرها ولي الأمر، سواء تضمنها النص أو لم يتضمنها[٣].

وفي هذا يقول الفقيه الحنبلي أبو الوفاء بن عقيل: «السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحي»[٤].

وعلى ذلك فكل أمر كان رائدَه العدلُ والمصلحةُ فإنه لا يعد مخالفًا للدين، بل يعد جزءًا من الشريعة ولو لم تأت به نصوصها[٥].

ويستدل لذلك بحديث النهي عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث للدافَّة التي دفَّت، وهو الحديث الذي رواه الشيخان وغيرهما عن جماعة من الصحابة أن النبي صلى الله عليه وسلم ((**نَهَى أَنْ تُؤْكَلَ لُحُومُ الْأَضَاحِيّ بَعْدَ ثَلَاثٍ**))[٦]، وفي رواية: قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((**مَنْ ضَحَّى مِنْكُمْ فَلاَ يُصْبِحَنَّ بَعْدَ ثَالِثَةٍ وَبَقِيَ فِي بَيْتِهِ مِنْهُ شَيْءٌ فَلَمَّا كَانَ العَامُ المُقْبِلُ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، نَفْعَلُ كَمَا فَعَلْنَا عَامَ المَاضِي؟ قَالَ: كُلُوا وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا، فَإِنَّ ذَلِكَ العَامَ كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا**))[٧]، وفي رواية لمسلم: ((**إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا**))[٨].

---

(١) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح «دراسة نظرية وتطبيقية» للباحثة/ غزيل العتيبي ص(١٤٧).

(٢) متفق عليه، وسبق تخريجه بلفظ قريب من هذا، ورواه البخاري أيضًا في الفتن، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم ((سَتَرَوْنَ بَعْدِي أُمُورًا تُنْكِرُونَهَا...))، رقم (٧٠٥٦).

(٣) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٥٢-٥٣، ٥٥).

(٤) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص(١٢).

(٥) انظر: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٥٣).

(٦) رواه البخاري في الأضاحي، باب: ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها، رقم (٥٥٧٤) وفي مواضع أخرى، ومسلم في الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم (١٩٧٠) وفي مواضع أخرى، واللفظ له.

(٧) رواه البخاري في الأضاحي، باب: ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها، رقم (٥٥٦٩) واللفظ له، ومسلم في الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم (١٩٧٤).

(٨) رواه مسلم في الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم (١٩٧١).

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني: «قال القرطبي حديث سلمة وعائشة نصٌّ على أن المنع كان لعلة، فلما ارتفعت ارتفع لارتفاع موجبه؛ فتعين الأخذ به، ويعود الحكم بعود العلة؛ فلو قدم على أهل بلد ناسٌ محتاجون في زمان الأضحى ولم يكن عند أهل ذلك البلد سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا تعين عليهم ألا يدخروها فوق ثلاث» ثم قال ابن حجر معقبًا: «والتقييد بالثلاث واقعة حال، وإلا فلو لم تستدّ الخلة إلا بتفرقة الجميع لزم على هذا التقرير عدم الإمساك ولو ليلة واحدة»[1].

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم -وهو الحاكم وولي الأمر وقتئذ- قيَّد مباحًا، وهو ادخار لحوم الأضاحي لأجل مصلحة عامة رآها؛ فوجب اتباع أمره.

ومن هذا القبيل أيضًا ما كان من جمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه أولا، ثم توحيد المصاحف في المصحف الإمام في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه؛ حيث كان القرآن الكريم محفوظًا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم في الصدور، وكتب منه كتبة الوحي مجموعات غير متداولة تكمل بعضها بعضًا، فلما كانت خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، واشتد القتل في القراء في قتال المرتدين في معركة اليمامة أشار عمر بن الخطاب على الخليفة أبي بكر بجمع القرآن خشية الضياع بفناء القراء، لكن أبا بكر كان يرى ذلك أمرًا محظورًا؛ فرد مشورة عمر بأن ذلك أمر لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمر به، فقال له عمر: هذا والله خير، ولم يزل به يراجعه حتى شرح الله صدره لذلك؛ فأمر زيد بن ثابت بجمع القرآن؛ فجمعت المدونات المتفرقة ورتبت وروجعت على ما في الصدور[2].

ثم لما كانت خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه، وتوسعت الفتوحات وتفرق الصحابة في الأمصار لاحظ حذيفة بن اليمان أثناء غزو أرمينية وأذربيجان اختلاف قراءة أهل الشام عن أهل العراق، وتخطئة كل منهما لقراءة الآخر؛ فذهب إلى الخليفة عثمان بن عفان مناشدًا له أن يدرك الناس قبل أن يختلفوا في القرآن الكريم؛ فأمر عثمان الصحابة أن يجتمعوا ويكتبوا للناس المصحف الإمام، وتم له ذلك، وأرسل إلى الآفاق بنسخ منه، ثم أمر بجميع المصاحف الخاصة فأحرقت[3].

رغم أن الناس كانوا يقرءون القرآن على سبعة أحرف، وكان ذلك مباحًا لهم من باب التيسير وعدم المشقة، لكن عثمان لما رأى اختلاف الناس في القراءة سيؤدي إلى فتن وشر فعل ذلك، فحظر ما كان مباحًا[4].

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري (١٠/ ٢٨) بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، وتصحيح محب الدين الخطيب، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.

(٢) انظر: صحيح البخاري: كتاب فضائل القرآن، باب: جمع القرآن، حديث رقم (٤٩٨٦).

(٣) انظر: صحيح البخاري: كتاب فضائل القرآن، باب: جمع القرآن، حديث رقم (٤٩٨٧).

(٤) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٥- ٣٤٦).

يقول الدكتور/ محمد سلام مدكور: «فهاتان الواقعتان في جمع القرآن أولًا على عهد أبي بكر، ثم جمع الناس على مصحف إمام في عهد عثمان تتضمنان حكمين جديدين في كل من العهدين، فأبو بكر كان يرى أن جمع القرآن مدونًا محظور، ثم أقنعه عمر بأنه خير؛ فأمر به بعد أن كان يمنعه، وامتثل الصحابة فنفذوا. أما عثمان فقد استباح جمع الناس على مصحف واحد، برغم ما كان عليه العمل من قبل من قراءة الناس بيسر يتفق مع لهجاتهم المختلفة، ولكنه رأى المصلحة في رفع الاختلاف، وإتلاف ما عدا المصحف الإمام؛ حتى لا يستشري الخلاف بين المسلمين. ولهذا دافع الإمام علي عن مسلك عثمان لما نقم عليه بعض المخالفين، فقال: «لا تقولوا فيه إلا خيرًا؛ فوالله ما فعل الذي فعله في المصاحف إلا على ملأ منا وموافقتنا، ولو لم يصنعه هو وكان لي الأمر لصنعته». وفي هذا الدفاع من الإمام علي ما يدل على ما للحاكم العدل من سلطة تقتضي وجوب الاتباع والكف عن المخالفة»[١].

كذلك أَمْرُ عمر بن الخطاب لحذيفة بن اليمان بمفارقة المرأة اليهودية التي تزوجها؛ لئلا يقتدي به المسلمون؛ فتكون فتنة للمسلمات؛ فقد روى أبو وائل شقيق بن سلمة، قال: «تزوج حذيفة رضي الله عنه يهودية، فكتب إليه عمر رضي الله عنه أن يفارقها، فقال: إني أخشى أن تَدَعُوا المسلمات وتَنكِحُوا المومسات».

وفي رواية: «أن حذيفة كتب إليه أحرام هي؟ قال: لا، ولكني أخاف أن تَعاطَوُا المومسات منهن»[٢].

فهنا قيَّد عمرُ -وهو ولي الأمر- مباحًا، وهو التزوج بالكتابيات؛ لمصلحة عامة ولدرء مفسدة عامة رآها[٣].

ومن ذلك ما فعله عمر بن الخطاب كذلك مع نصر بن حجاج السلمي، عندما افتتن به النساء؛ فأرسل إليه فأتاه فإذا هو من أحسن الناس شَعرًا وأصبحِهم وجهًا؛ فأمره عمر أن يطم شعره، ففعل فخرجت جبهته فازداد حسنًا؛ فأمره عمر أن يعتمَّ، ففعل فازداد حسنًا؛ فقال عمر: «لا والذي نفسي بيده لا تجامعني بأرض أنا بها؛ فأمر له بما يصلحه وسَيَّرَه إلى البصرة»[٤].

---

(١) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٦).

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٧٢) رقم (١٣٧٦٢) بتحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط. مكتبة دار الباز بمكة المكرمة سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م، وسعيد بن منصور في سننه رقم (٧١٦) بتحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط. الدار السلفية بالهند، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٢م، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٢٩٦).

(٣) راجع: حكم إغلاق المحلات التجارية وقت صلاة الجماعة للدكتور/ عطية مختار حسين، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد السادس عشر، ربيع الأول ١٤٣٥هـ/ يناير ٢٠١٤م ص(٤٦).

(٤) ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى (٣/ ٢٦٥) بتحقيق: د/ علي محمد عمر، ط. مكتبة الخانجي بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م، وابن الجوزي في مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ص(٨٥) ط. دار ابن خلدون بالإسكندرية، بدون تاريخ.

ومنه أيضًا ما روي عن ابن عمر قال: كان عمر يأتي مجزرة الزبير بن العوام رضي الله عنه بالبقيع، ولم يكن بالمدينة مجزرة غيرها، فيأتي معه بالدِّرَّة، فإذا رأى رجلًا اشترى لحمًا يومين متتابعين ضربه بالدِّرَّة، وقال: «ألا طويت بطنك يومين»[(١)].

فهذا من عمر رضي الله عنه تقييد للمباح؛ حيث منع من شراء اللحم يومين متتاليين؛ نظرًا لقلة اللحوم في ذلك الوقت بالمدينة؛ ليتمكن كل الناس من شرائها، ولا يستأثر بها قلة دون بقية الناس[(٢)].

أيضًا ما كان من عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الحجر على كبار الصحابة خاصة من المهاجرين أن يخرجوا من المدينة إلا بإذن، وإلى أجل؛ وذلك حرصًا منه على أن يظلوا بعيدين عن زخارف الدنيا وفتنها خارج المدينة، ولكي يشاورهم فيما يعرض له. فلما جاء عثمان سمح لهم بالخروج منها حيث شاءوا. فعمر حظر عليهم ما كان مباحًا لهم بحسب اجتهاده ورأيه، ولكن عثمان في ولايته رأى خلاف ذلك ولم يتقيد بنهي الخليفة السابق. ولما وَلِيَ معاوية بن أبي سفيان فعل عكس ما فعله عمر؛ إذ أمر في خلافته بترحيل العرب إلى الشام ليعتز بهم، ويمزج أهل الشام بالعرب فيأمن شرهم وانتقاضهم، مع أن حق كل شخص أن يبقى في بلده ولا يهاجر منها إلا برغبته[(٣)].

وكل هذا من تقييد المباح.

ويدخل فيه أيضًا حمل عمر بن الخطاب الطلاق الثلاث بلفظ واحد على ثلاث طلقات، وقد كان يقع طلقةً واحدةً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وخلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وسنتين من خلافة عمر. وقد اعتبر العلماء ذلك من باب تقييد المباح، والحيلولة بين الناس وبينه لمصلحة، وهي التشديد عند اقتضاء الحال، فالمُطلِّق ثلاثًا بلفظ واحد كان يباح له مراجعة امرأته، ولكن عمر حال بينه وبين ما أباحه له الشارع من المراجعة، فصار ذلك حكمًا شرعيًّا تبدَّل به الحكم الأول ما دام الرأي قائمًا بقيام الداعي إليه، وهو استعجال الناس في أمر كان لهم فيه أناة. وعلى مقتضى ما قلنا إن ذلك في حقيقته ليس تغييرًا للحكم على مقتضى ذلك الوصف الذي لم يكن موجودًا من قبل[(٤)].

ويقول الإمام الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغي رحمه الله: «والرجعة مباح من المباحات، وليست بواجبة، فعمر لم ينهَ عن واجب، وإنما نهى عن مباح للمصلحة، وقد رأى عمر أن من حق الإمام أن يسلب عن السبب الوضعي الحكم المترتب عليه لمصلحة يراها، فنهيه عن الرجعة جعل حكمها لا يترتب عليها»[(٥)].

(١) ذكره ابن الجوزي في مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ص(٧٩).

(٢) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح «دراسة نظرية وتطبيقية» للباحثة/ غزيل العتيبي ص(١١٦)، وراجع أيضًا: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٥).

(٣) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٧).

(٤) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٥١-٣٥٢).

(٥) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٥٢).

وتقييد المباح باب عظيم من أبواب تفاعل الراعي والرعية، ونهج قويم يعين ولاة الأمور على ضبط حياة الناس، ومدخل رفيع يمكن للترقي بأنماط تصرفاتهم الاجتماعية، بل هو قانون لازم لسيادة الألفة الاجتماعية والسكينة السياسية[١].

ضوابط جواز تقييد ولي الأمر للمباح:

هناك مجموعة من الضوابط يجب مراعاتها لجواز تقييد المباح من قِبل ولي الأمر، ويمكن إجمالها فيما يلي:

الضابط الأول: أن يكون المباح قابلًا للتقييد:

الأصل أنه يجوز تقييد كل المباحات، إذا توافرت فيها سائر ضوابط التقييد، وإن كان هناك بعض المباحات لا تقبل التقييد، أو تقبله في وقت وظرف، ولا تقبله في وقت وظرف مغايرَيْن[٢].

ومن أمثلة تلك المباحات التي لا تقبل التقييد: المباح الذي لا يتعلق بحق للغير، وإنما يكون خاصًّا بنفس الشخص، ولا سلطان لغيره عليه فيه، ولا حق لغيره فيه، مثل اختيار الإنسان للطعام الذي يأكله، أو نوع اللباس الذي يلبسه، باستثناء الألبسة المخصصة لوظائف معينة، أو الظروف الصحية التي تفرض على المرء طعامًا معينًا.

ومن المباحات التي لا تقبل التقييد أيضًا: ما تعم به البلوى، كالبيع والشراء، وإن أدى إلى مفاسد؛ لأن حياة الناس لا تستقيم بدونه.

فالمباحات درجات؛ فالمباح للضرورة ليس كالمباح للحاجة، والمباح الذي يترتب على تركه حرج ومشقة ليس كالذي لا يترتب عليه شيء من ذلك[٣].

الضابط الثاني: أن يكون تقييد المباح مؤقتًا إذا كان مما نص الشارع على إباحته:

الأصل أن المباح الذي نص الشارع على إباحته مطلق لكل أحد؛ فهو حلال جائز مستوي الطرفين، من شاء فعله ومن شاء تركه، والتقييد عارض لأصل الإباحة؛ فيجب أن يزول بزوال مبرره، وألا

(١) انظر: سلطة الحاكم في تقييد المباح للدكتور/ هشام تهتاه.

(٢) راجع: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١١٥- ١١٦)، وسلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٠٦- ٢١٥)، وأيضًا: سياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة للدكتور/ عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود ص(٣١- ٣٢) بحث منشور على شبكة الألوكة بالإنترنت.

(٣) هناك تقسيمات عديدة للإباحة راجعها في: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٩٥- ١٠٩).

يأخذ صفة الديمومة والاستمرار، وإنما يكون مؤقتًا بحسب جلب المصلحة أو درء المفسدة، فإذا تحققت المصلحة أو دُفعت المفسدة عاد المباح مباحًا مطلقًا كما كان قبل التقييد؛ وإلا استمر التقييد حتى تتحقق المصلحة أو تُدرأ المفسدة[1].

وهذا ملاحظ في حديث المنع من ادخار لحوم الأضاحي الذي ذكرناه آنفًا، وفي إحدى رواياته: **((فَلَمَّا كَانَ العَامُ المُقْبِلُ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، نَفْعَلُ كَمَا فَعَلْنَا عَامَ المَاضِي؟ قَالَ: كُلُوا وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا، فَإِنَّ ذَلِكَ العَامَ كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا))**[2].

فإذا رأى ولي الأمر سوء تطبيق الرعية لأمر من المباحات؛ فله أن يقيده بالمنع منه بصفة مؤقتة، حتى تستقيم أحوال الناس، ثم يعيده إلى أصل الإباحة متى رأى تحقق المصلحة من التقييد.

ذلك أن شرعية التقييد بمنع المباح أو الإلزام به تتوقف على وجود السبب الذي يقتضيه أو المصلحة التي تتوقف عليه أو الحاجة التي تدعو إليه.

وتدخُّل ولي الأمر بالتقييد وتغيير الحكم عن مقتضاه الأصلي إنما تُحتمه الضرورة وتُمليه الحاجة والمصلحة العامة؛ فهو محدَّد ومقدر بها، ومستمر ما بقيت[3].

لكن هذا فيما كان مباحًا بنص الشارع الحكيم؛ حيث جعل الشارع له حكم الإباحة. وهذا واضح في حديث لحوم الأضاحي.

ومثاله أيضًا: ما نعيشه من تفشي وباء فيروس كورونا المستجد (Covid-١٩)؛ فإن لولي الأمر في مثل تلك الظروف أن يُلزم الأطباء ومساعديهم بالعمل بصورة معينة، وأن يقيد حريتهم في ترك العمل في تلك الظروف؛ سدًّا لهذه الحاجة الملحة.

أما ما كان من المباحات بأصل الإباحة الأصلية مما لم يرد بشأنه نص خاص، ورأى ولي الأمر بناءً على رأي أهل الاختصاص أن يظل مقيدًا بصفة دائمة؛ فلا بأس في ذلك ما دامت المصلحة لا تتحقق إلا كذلك، وهذا نراه في العديد من التشريعات المعاصرة التي تنظم أمور الناس.

وأوضح مثال لذلك ما يقيد به ولي الأمر سرعة السير للمركبات والسيارات على الطرق داخل المدن وخارجها؛ فإن هذا من تقييد المباح؛ وإلا لكان لكل أحد أن يسير كيفما شاء، لكن المصلحة هنا تقتضي بقاء تقييد هذا المباح حفظًا لحياة الناس، وهي مصلحة دائمة وقائمة؛ لقيام مقتضاها.

(١) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٢٤- ٢٢٥)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١١٦- ١١٧)، وسياسة عمر بن عبد العزيز في سن الأنظمة ص(٣٥)، وسلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٨)، وحكم إغلاق المحلات التجارية وقت صلاة الجماعة ص(٤٦).

(٢) متفق عليه، وسبق تخريجه.

(٣) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح «دراسة نظرية وتطبيقية» للباحثة/ غزيل العتيبي ص(١٤٢).

الضابط الثالث: ألا يتعارض تقييد المباح مع الأدلة والقواعد الشرعية:

تقييد المباح استثناءٌ وليس أصلًا، لجلب مصلحة أو دفع مفسدة أو تحقيق مقصد شرعي؛ فهو شبيه بالاستحسان الذي هو استثناء من أصل عام لدليل خاص.

ولذلك يجب ألا يتعارض تقييد المباح مع نص شرعي أو قاعدة مقررة أو مصلحة معتبرة لا يمكن إلغاؤها؛ وإلا لم يكن مشروعًا حينئذ؛ لأنه سيكون بلا أصل يستند إليه، ويكون قولًا بالهوى والتشهي، واعتداءً على حق الشارع في التشريع[1].

والمصلحة الحقيقية التي يعتبرها الشارع هي تلك التي لا تتعارض مع نصوص الشارع نفسه؛ وإلا كانت مصلحة موهومة، وليست حقيقية.

الضابط الرابع: أن يهدف تقييد المباح لتحقيق مقصد شرعي:

لا بد أن يكون لتقييد المباح هدف وغاية تتفق ومقاصد الشريعة؛ فهو خروج عن الأصل لأجل تحقيق مقصد من مقاصد الشريعة، سواء كان مقصدًا عامًّا كالضروريات الخمس: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، أو مقصدًا خاصًّا أو جزئيًّا. ومن ذلك تقييد المباح لجلب مصلحة عامة معتبرة شرعًا، أو درء مفسدة عامة محققة، وإلا كان تقييد المباح ضربًا من العبث الذي لا فائدة منه سوى التضييق على الناس ومزاحمة الشارع الحكيم فيما شرعه دون سند أو معتمد[2].

يقول الدكتور/ محمد سلام مدكور في سياق بيانه للفرق بين طاعة الحاكم في المعروف وتغييره للأحكام: «أما ما عدا ذلك فيجوز أن يضع له من الأنظمة ما يرى فيه مصلحة للناس ولكيان الحكم، ويشمل هذا ما ورد النص الشرعي بإباحته على ما بينا، فإن ولي الأمر إذا ألزم بمباح فيه مصلحة عامة، أو نهى عن مباح فيه ضرر عام وجب امتثال أمره ونهيه ظاهرًا وباطنًا؛ فيصبح أمره وجوبًا شرعيًّا، وقد بينا أنه في هذا مُظهِرٌ لا مُنشِئ. أما المباح الذي يأمر ولي الأمر بفعله أو تركه ولم نتبين في الأمر به مصلحة، ولا في النهي عنه دفع مضرة؛ فإنه واجب الطاعة ظاهرًا فقط»[3].

وفي حديث الأضاحي الآنف الذكر قال صلى الله عليه وسلم: ((**إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ**)).

(١) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٢٨)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١١٨)، وسلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٥).

(٢) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٢٥- ٢٢٨)، ومدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١١٨- ١١٩)، وسلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٦- ٥٧)، وحكم إغلاق المحلات التجارية وقت صلاة الجماعة ص(٤٦).

(٣) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٤٢- ٣٤٣).

ومن الأغراض الصحيحة تأخير تناول المباح إلى زمن الحاجة. وقد ترك بعض الصحابة مباحات كثيرة لتحقيق مقاصد معينة، فقد ترك عمر بن الخطاب طعامًا؛ لأنه لا يوجد عند كل المسلمين لإعطاء المَثَل لمن يأتي بعده من الحكام؛ لئلا يغفلوا عن رعيتهم أو يستأثروا بما لا يقدر عليه سائر الناس دونهم[١].

كما نهى الناس عن تناول اللحم يومين متتابعين حينما قلت اللحوم في المدينة؛ ليتاح للجميع شراؤها وأكلها، حتى كان يضرب بالدِّرَّة على ذلك، ويقول: «ألا طويت بطنك يومين»[٢].

واعتبار المصالح في تشريع الأحكام أمر مقصود شرعًا، ومن المسلَّم به أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل.

ولذلك فإن ولي الأمر مأمور برعاية وتحقيق المصالح الدينية والدنيوية[٣].

قال الغزالي: «نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة»[٤].

فمراعاة مصالح الناس طريق مهم من طرق مسايرة السياسة للحياة في مطالبها المتجددة وحاجاتها المتعددة، فعن طريق بناء الأحكام عليها يمكن الوصول إلى تنظيم الشؤون الإدارية العامة، ومصالح المجتمع[٥].

(١) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٢٦).

(٢) سبق ذكره قريبا.

(٣) انظر: سلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٦).

(٤) المستصفى ص(١٧٤).

(٥) انظر: المدخل إلى السياسة الشرعية للأستاذ/ عبدالعال أحمد عطوة ص(١٥٣) ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م، وأيضًا: سلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٦).

الضابط الخامس: ألا يؤدي تقييد المباح إلى ضرر أو إلى محرم:

تقييد المباح إنما شرع لتحقيق مقصد شرعي أو جلب مصلحة أو دفع مفسدة؛ ولذلك لا يجوز أن يؤدي التقييد نفسه إلى ضرر أو أمر محرم؛ لأن القاعدة الشرعية تقضي بأنه ((**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**))[١]، فالضرر والضرار محرمان؛ ولذلك يحرم إيقاع الضرر ابتداءً أو مقابلةً على وجه غير جائز، ويجب دفع الضرر قبل وقوعه، أو رفعه بعد وقوعه ما أمكن[٢].

فعلى سبيل المثال ليس لولي الأمر أن يأمر بتصدير سلع غذائية إلى خارج الدولة وهي لا تكفي لسد حاجات المجتمع، أو أن يمنع تصدير الفائض منها عن حاجة الناس إلى الخارج، ونحو ذلك؛ لما فيه من الإضرار بالناس أو أصحاب السلع[٣].

الضابط السادس: ألا يمنع ولي الأمر جنس المباح:

ليس لولي الأمر أن يمنع جنس المباح، بل له فقط أن يمنع أحد أفراده في حال معينة، ولمدة مؤقتة -كما سبقت الإشارة- إذا كان مما نص الشارع على إباحته[٤].

ذلك أن جنس الإباحة ثبت بالدليل الشرعي وشرعه الله تعالى؛ فلا يتوجه منعُه كليةً، وإنما يمنع فرد من أفراده في حالة معينة ولوقت معين، بحسب ما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة[٥].

الضابط السابع: أن يتولى تقييد المباح مَنْ هو أهل له:

تقييد المباح -كما سبقت الإشارة- عمل اجتهادي، لا بد أن يكون مَنْ يقوم به مِنْ أهل الاجتهاد؛ لأن هؤلاء هم مَنْ لهم سلطة التشريع.

ولذلك إذا كان ولي الأمر من المجتهدين فإن له الحقَّ في تقييد المباح، مع مراعاة ضوابط التقييد.

وإذا كان ولي الأمر مجتهدًا واختلف اجتهادُه عن اجتهاد غيره من المجتهدين جاز له أن يلزم الناس

(١) هذه إحدى القواعد الكلية الكبرى. انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص(١٦٥- ١٧٧). وهي نص حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم رواه ابن ماجه في الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (٢٣٤٠، ٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣، ٥/ ٣٢٦)، ورواه مالك مرسلا في الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم (١٤٦١)، ومعلقًا في المُكاتَب، باب: ما لا يجوز من عتق المُكاتَب، ط. بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة سنة ١٩٥١م، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٦٩، ١٥٦، ١٥٧)، والطبراني في الكبير والأوسط، وغيرهم وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١١٠): «رجاله ثقات».

(٢) انظر: الممتع في القواعد الفقهية للدكتور/ مسلَّم الدوسري ص(٢١٤) ط. دار زدني بالرياض- السعودية، الطبعة الثانية ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.

(٣) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١٢٠). وراجع أيضًا: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢١٥، وما بعدها).

(٤) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١٢٠).

(٥) انظر: سلطة الدولة في تقييد المباح ونماذج للأستاذ/ رأفت محمود عبد الرحمن حمبوظ ص(٥- ٦) بحث منشور بموقع نسيم الشام على شبكة الإنترنت.

باجتهاده هو فيما يتعلق بتقييد المباح، طالما توافرت ضوابطُ هذا التقييد؛ لأن سلطة ولي الأمر عندما يكون مجتهدًا أقوى من سلطة المجتهد الذي لا يكون وليًّا للأمر؛ لأن الأول يستطيع أن يلزم الناس بهذا التقييد بما له من سلطان الحكم والإمارة، بخلاف الثاني فلا سلطة له للإلزام، ولا يستطيع أن يلزم الناس برأيه، إلا من خلال ولي الأمر.

وبناءً عليه تجب طاعة ولي الأمر المجتهد فيما توصل إليه باجتهاده، وإن خالفه غيرُه من المجتهدين. وهذا ملاحَظ من قوله تعالى: {وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُتَوَكِّلِينَ}[١][٢].

وذلك كما حصل مع الخلفاء الراشدين الأربعة أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم جميعًا؛ حيث كان كل واحد منهم خليفةً وحاكمًا وفقيهًا مجتهدًا[٣]؛ ومن ثم فقد كانوا يجتهدون في النوازل، كقتال مانعي الزكاة، وجمع القرآن في عهد أبي بكر الصديق، واجتهادات عمر الكثيرة جدًّا مما سبق بيانه كنهيه بعض الصحابة عن تزوج الكتابيات، ونفيه لنصر بن حجاج الذي افتتنت النساء به، ومنعه شراء اللحم يومين متتاليين وقت قِلَّته بالمدينة، وحمله لفظ الطلاق ثلاثًا بلفظ واحد على ثلاث وقد كان يقع واحدة، وعدم تطبيقه حد السرقة عام المجاعة، وإيقافه لسهم المؤلفة قلوبهم، وغير ذلك، وما فعله عثمان بن عفان من توحيد المصاحف وتعميم المصحف الإمام وإحراق ما عداه من النسخ الخاصة، وإمساك ضوال الإبل وتعريفها حينما رأى أن أيدي الناس امتدت إليها، فأمر بالتقاطها وتعريفها، ورتَّب لها من يحفظها في بيت المال مدةً، فإذا مضت بيعت وحُفظ ثمنها لصاحبها، وقد كان النبي ﷺ نهى عن التقاط ضالة الإبل، وقال لمن سأل عنها: **((مَا لَكَ وَلَهَا؟ دَعْهَا، مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا تَرِدُ المَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا))**[٤]، لكن عثمان رأى تغير الزمان وفساد الناس. واجتهادات علي بن أبي طالب رضي الله عنه في القضاء وفي المواريث وغيرها.

أما إذا كان ولي الأمر ليس من أهل الاجتهاد (التشريع) فإنه لا يجوز له حينئذ تقييد المباح، إلا بالرجوع لأهل الاختصاص من المجتهدين، ثم يقوم هو بإلزام الناس بما قرره المجتهدون.

(١) سورة آل عمران: آية رقم (١٥٩).

(٢) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(١١٣- ١١٥)، وأيضًا: سلطة ولي الأمر في تقييد المباح للدكتور/ البشير المكي عبداللاوي ص(٢٢٨- ٢٢٩)، وسلطة ولي الأمر في التعزير على فعل المباح ص(٥٤- ٥٥).

(٣) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٦٩).

(٤) رواه البخاري في كتاب اللقطة، باب: ضالة الإبل، رقم (٢٤٢٧)، ومسلم في كتاب اللقطة، باب، رقم (١٧٢٢).

وهذا هو الحاصل في زماننا؛ فأغلب ولاة الأمر ليسوا من الفقهاء وليسوا من أهل الاجتهاد الفقهي؛ لعدم توفر شروط الاجتهاد فيهم، وغالبًا ما تكون تخصصاتهم بعيدة عن ذلك، ونحن في عصر التخصص الدقيق؛ ولذلك فإن الواجب هنا يقتضي إسناد أمر الاجتهاد إلى هيئة من الفقهاء المجتهدين، كهيئة كبار العلماء، أو هيئة شورى العلماء، أو مجمع فقهي كمجمع البحوث الإسلامية في مصر، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في جدة، أو المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، أو مجمع الفقه الإسلامي في السودان، وما شابهها، وتكون مهمة هذه الهيئة النظر في القوانين قبل إصدارها للتأكد من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية، ويكون رأيها بالأغلبية، ويكون ملزمًا للجميع؛ بحيث إنه لا يحق لولي الأمر إصدار قانون مما يدخل في نطاق تقييد المباح أو اختيار رأي فقهي في مسألة خلافية ورفع الخلاف إلا بعد إقراره من تلك الهيئة المختصة.

مع الأخذ في الاعتبار أن يكون أغلبُ أعضائِها ورئيسُها من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي، باعتباره العلم المختص بذلك، مع مراعاة أن يكون منهم متخصصون في الاقتصاد الإسلامي، وفي القانون، وفي السياسة والعلاقات الدولية، وفي اللغة العربية، وفي العقيدة والفكر الإسلامي، وفي التفسير والحديث وعلومهما، وفي الاجتماع. بالإضافة إلى خبراء فيما يتصل ببقية المجالات كالطب والعلوم، والهندسة، والحاسب الآلي وتقنية المعلومات، وغير ذلك[١].

ويكون اختيار الأعضاء من خلال ترشيحهم من علماء كل تخصص من الجامعات والمراكز البحثية والهيئات العلمية المعترف بها، ويصدر بتعيينهم قرار من ولي الأمر. ويتجدد ذلك كل ثلاث سنوات.

ولما كانت السلطة التشريعية في أغلب الدول الآن تتمثل في البرلمان باعتباره الممثل للشعوب التي تعتبر مصدر السلطات؛ فلا بد من عرض القوانين عليه أولًا، وإن كان ليس كل أعضائه من المتخصصين في الفقه الإسلامي والاجتهاد الفقهي؛ فمنهم عمال وفلاحون وأصحاب تخصصات أخرى بعيدة عن الاجتهاد الفقهي، لكن لا تُعتمَد القوانين إلا بعد إجازتها من قِبل الهيئة المختصة[٢].

ويمكن أن يقوم البرلمان اختصارًا لذلك بإحالة القوانين المنظورة للهيئة المختصة للتأكد من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية أولًا قبل التصويت عليها.

تلك هي ضوابط تقييد المباح؛ لكي يكون مشروعًا ومحققًا لأهدافه.

(١) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٧٠- ٧١).

(٢) انظر: مدى سلطة ولي الأمر في تقييد المباح من حيث الإلزام به أو حظره ص(٧٦- ٧٧).

ولا شك أن تقييد المباح يحتاج إلى قدر كبير من الحكمة والتروي والتحقيق والتدقيق؛ فأغلب المباحات تسير على وفق قانون التقريب والتغليب، والنسبي وعدم الاطراد، وهو ليس اختيارًا من ولي الأمر، إنما اضطرار تفرضه قواعد الترجيح والموازنة بين المصالح المجتلبة والمفاسد المستدفعة؛ حيث قل أن تستقر المباحات على أصل إباحتها؛ لما يدخلها من دقيق الاعتبارات(١).

والتقنين في جزء كبير منه يعتمد على سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، فقوانين المرور والجمارك والاستيراد والتصدير والهجرة والجنسية وتنظيم القضاء وغيرها من القوانين الإدارية والتجارية والاقتصادية والسياسية وغيرها تستند في شرعيتها بالأساس إلى أصل سلطة ولي الأمر في تقييد المباح.

بل بعض قوانين الأحوال الشخصية كذلك، كتحديد سن الزواج، وتدخُّل ولي الأمر لمنع تعدد الزوجات من غير ضرورة تقتضيه، وردع المعتدين في الطلاق بغير مبرر شرعي تستند كذلك إلى أصل سلطة ولي الأمر في تقييد المباح(٢).

(١) انظر: سلطة الحاكم في تقييد المباح للدكتور/ هشام تهتاه.

(٢) انظر: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ص(٣٥٣- ٣٥٤).

المبحث السابع

شبهات المعارضين للتقنين ومناقشتها

ويشمل مطلبين:

- المطلب الأول: شبهات المعارضين للتقنين.
- المطلب الثاني: مناقشة شبهات المعارضين للتقنين والرد عليها.

المطلب الأول: شبهات المعارضين للتقنين:

يمكن إجمال شبهات المعارضين لتقنين الفقه الإسلامي فيما يلي:

- **أولا:** اعتبروا أنَّ تقنين الفقه الإسلامي إرهاص باستبدال القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، وأنَّ أعداء الإسلام جعلوا فكرة التقنين إحدى الدعايات التي يكيدون بها للإسلام منذ زمن بعيد، وقد جعلوه الدركة الأولى لتعطيل أحكام ديننا الذي شمل جميع جوانب الحياة من عبادات ومعاملات بأنواعها.
- **ثانيًا:** أن في تقنين الفقه الإسلامي تحجيرًا للواسع من تراثنا الفقهي الزاخر، وحصرًا له في قوانينَ محدودة.
- **ثالثًا:** أن الذين سيقومون بتدوين هذه التقنينات ووضعها سيأخذون قولًا من أقوال، ورأيًا من آراء، وهذا فيه تقييدٌ للأمة بقول دون آخر، مع كون القول المهمل يعتمد على مثل ما اعتمد عليه القول المختار من الحُجَّة والبرهان.
- **رابعًا:** أنَّ أحوالَ الناس مختلفة وعاداتهم متباينة حسب اختلاف زمانهم ومكانهم وبيئتهم، ولكنَّ القضاة سيحكمون بمواد هذا التقنين الموحد دون مراعاة لعاداتهم.
- **خامسًا:** أن حكام المسلمين حكام أحرار مهما قُيِّدوا، ولن تطمئن نفوسهم بإصدار الأحكام حتى يبحثوا عن الحق والصواب بأنفسهم، وأن التقنين سيقيدهم وسيغلق أمامهم نوافذ النور.

كما أنَّ هذا التقنين سيجعل من القضاة آلة صمَّاء يديرها هذا الاختراع الجديد!

- **سادسًا:** أن التقنين سيقصر نظر القضاة ويحدُّ من علمهم؛ لأنهم لن يجنوا من بحثهم ثمارًا، ولن ينتفعوا بما علموا.
- **سابعًا:** أن في وضع التقنين وتقييد العمل بما فيه حدًّا للحريات وهضمًا للحقوق وازدراءً للآراء والأفكار؛ لأنه سيلغي الآراء الأخرى التي لم يأخذ بها التقنين، مع كون أصحاب تلك الآراء لا يقلون علمًا وفهمًا واستدلالًا عن أولئك الذين وضعوا التقنين.
- **ثامنًا:** أن الحاكم بهذه التقنينات قد أخلَّ بأعظم شرط يُشترط في القاضي، وهو الاجتهاد وطلب الحق من مظانه.

وإذا كان الاجتهاد مشروطًا في الحاكم، والتقليد مذمومًا له، وأقل ما يطلب منه أن يكون مجتهدًا في مذهب إمامه، فالحاكمُ بهذا التقنين أحطُّ حالًا منه؛ لأنه لن يجتهد بقضية، فهو مقصورٌ عليه حيث قد انقطع به الاجتهاد.

- **تاسعًا:** أن تقنين الفقه الإسلامي يعتبر تحولًا وتقهقرًا بالقضاء والأحكام، جاء عن قصد أو عن حسن نية، وأن إصلاح القضاء لا يكون بتكبيل القضاة وتقييدهم، وإنما يكون بفتح أبواب الاجتهاد والبحث والتجديد في ابتكار المعاني من النصوص الشرعية.
- **عاشرًا:** أن التزام الحكم والفتيا بهذه التقنينات هو تحتيم للتمذهب بها، وهي آراء واجتهادات لعلماء قال غيرهم بخلافها؛ حيث إنَّ نسبة المجمع عليه فيها قليل، ولا يجب اتباع أحد مهما كان مقامه غير المشرع صلى الله عليه وسلم.
- **حادي عشر:** أن الحاكم الحرَّ عن القيود الطليقَ عن الحدود الذي فَقِهَ الشرعَ فقهًا علميًّا ونفسيًّا، وقذف الله في قلبه النور، وأشعر قلبه الإخلاص والمراقبة، وألزم نفسه التحقيق والتدقيق سيؤتيه الله نورًا وفهمًا وفراسةً في الأحكام لا يُوجدها التقنين ولا تحيط بها المواد والقوانين، وإنما هو النظر الثاقب والبصيرة النافذة والإلهام الإلهي، وهذا شيء لا يوجد في الكتب، وإنما يُستمدُّ بمراقبة الحاكم الأعلى، وقرب القلب من العليم الحكيم، ومن قيَّد نفسه بهذه التقنينات الصمَّاء فأنَّى له هذا؟!
- **ثاني عشر:** أن الحق معرفة الهُدَى بدليله، فأين تلك القوانين الجافَّة الجامدة من هذا التراث الدسم لسلفنا الذين قرنوا أحكامه بالأدلة فجعلوا العامل بها يرى الحقَّ تواكبه الأنوار؛ فتحل فيها البركة ويتحقق فيها الصلاح والإصلاح[١].

(١) انظر: تقنين الشريعة أضراره ومفاسده للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن بن بسام ص(٩-١٢) ط. مطابع دار الثقافة بمكة سنة ١٣٧٩هـ.

- **ثالث عشر:** أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم عند التحاكم أن يحكم بالقسط، وذلك في قوله تعالى: {فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ} [المائدة: ٤٢].

والحكم بناءً على التقنين ليس مما أمر به الله.

- **رابع عشر:** أن الله أمر عند التنازع بالرد إلى الله ورسوله، دون غيرهما.
- **خامس عشر:** أن في التقنين توهينًا لتجريد اتباع النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن حكم القاضي بخلاف ما يعتقده تقديمٌ لقول غير المعصوم على ما يعتقده عن المعصوم.
- **سادس عشر:** أن التقنين من اجتهاد غير معصوم، وفيه قطعٌ للخيرة في أمر الله وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم، وقد قال الله تعالى: {وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٖ وَلَا مُؤۡمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمۡرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلۡخِيَرَةُ مِنۡ أَمۡرِهِمۡ} [الأحزاب: ٣٦].
- **سابع عشر:** أن القاضي مأمورٌ بأن يحكم بما يعتقده حقًّا، وإلا استحق النار؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((**الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: اثْنَانِ فِي النَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ. رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ بِهِ وَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ الْحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ**))(١).
- **ثامن عشر:** أن القرون الأولى الفاضلة لم تعرف التقنين، ولا شكَّ أن الهدي في اتباعهم.
- **تاسع عشر:** أنه لا خلافَ في عدم جواز أن يُقلَّد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب معين.
- **عشرون:** أن التقنين بما أنه عمل بشري لا يخلو من خطأ.
- **حادٍ وعشرون:** أن التقنين به من المضار الكثير مما يفوق ما به من مصالح؛ ولذلك فإنَّ سدَّ ذرائع الفساد يقتضي منع التقنين. ومن مضار التقنين: الواقع المشاهد في بعض الدول الذي يخرج بالتقنين عن الشريعة الإسلامية، ويضطر من بان له الحق بدليله أن يتعداه لما ألزمه به التقنين، وأن التقنين فيه حجرٌ على الأحكام الاجتهادية، وفيه تجاهلٌ للعرف والعادة، وفيه تضاربٌ في مذكراته التفسيرية، ويؤدي إلى هجْرِ كتب المكتبة الإسلامية، ويناقض روح الاجتهاد.
- **ثانٍ وعشرون:** أن تقنين الفقه الإسلامي محاكاةٌ للقوانين الغربية في صياغتها، وهذا يناقضُ ما يجب أن تكون عليه الأمةُ الإسلامية من استقلالية واستغناء بما عندهم، وعدم استجداء غير المسلمين(٢).

(١) رواه أبو داود في الأقضية، باب في القاضي يخطئ، رقم (٣٥٧٣)، والترمذي في الأحكام، باب ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القاضي، رقم (١٣٢٢) واللفظ له، وابن ماجه في الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، رقم (٢٣١٥)، ورواه أيضًا النسائي في السنن الكبرى في كتاب القضاء، باب ذكر ما أعد الله تعالى للحاكم الجاهل، رقم (٥٩٢٢) بتحقيق د/ عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، والحاكم في المستدرك (٤/ ١٠١)، وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) راجع: التقنين والإلزام عرض ومناقشة للدكتور/ بكر أبو زيد ص(٥٥- ١٠٠) ط. المؤلف بمطابع دار الهلال بالرياض، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م، وراجع أيضًا: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص(٣٤٨- ٣٥٠)، وأبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (٣/ ٢٠٤- ٢٠٧، ٢٣٣- ٢٣٧).

المطلب الثاني: مناقشة شبهات المعارضين للتقنين والرد عليها:

إنَّ نظرةً فاحصةً لما أثاره المعارضون لتقنين الفقه الإسلامي من شُبهات تجعلنا نردها ونفندها دون أدنى عناء.

وفيما يلي مناقشة وردٌّ لكل ما سبق من شبهات للمعارضين:

- **أولًا:** ما قيل من أن تقنين الفقه الإسلامي يعتبر إرهاصًا باستبدال القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، وأن فكرة التقنين مكيدة من أعداء الإسلام -كلامٌ مرسل يقصد منه إثارة حماس أهل الديانة ضدَّ قضية التقنين، وهو كلام يدلُّ على جهْل بطبيعة التقنين؛ فالتقنينُ لا يعدو أن يكون أمرًا شكليًّا يقترن بأمر موضوعي مشروع؛ فالتقنين مجرَّد تنظيم للأحكام المستقاة من الفقه الإسلامي في موادَّ مرقَّمة وأبوابٍ متتالية، يجمع كلُّ باب شتاتَ موضوع معين، مما يساعد القضاء على سرعة الفصْل في القضايا المعروضة.

وهذا التقنين والتنظيم يقترنُ بتفعيل الاجتهاد الانتقائي الذي يقومُ به من تسند إليه الدولة أمر التشريع من المجتهدين والفقهاء والمتخصصين لاختيار الرأي الفقهي الذي يلائم الناسَ في زمان ومكان معينين[1].

ولذلك فاعتبار التقنين مكيدة لتعطيل أحكام الدين كلامٌ مردودٌ جملةً وتفصيلًا.

كما أنه يمكن الاحتياطُ له بذكر مصادر استمداد هذه الأحكام في الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية ونحوها، وأيضًا فإنه يمكن الحيلولة دونه بإنشاء هيئة عليا تتولَّى النظرَ في الأحكام التي يطعن في مخالفتها لقواعد الشريعة ومقرراتها العامة[2].

- **ثانيًا:** ما قيل من أن في تقنين الفقه الإسلامي تحجيرًا للواسع من تراثنا الفقهي الزاخر مجرَّد تشويش وتكثُّر مما يظنُّ أنه حجج، وهو في الحقيقة غثاء لا قيمة له؛ لما سبق بيانُه من أنَّ التقنين يقوم على تفعيل الاجتهاد الانتقائي من قبل متخصصين من كبار الفقهاء والمجتهدين؛ لاختيار أرجح الأقوال وأنسبها للواقع بأعرافه وعاداته وأكثرها تحقيقًا للمصلحة، فالتقنين وليد عملية اجتهادية تتضافر فيها جهود مجموعة من العلماء[3].

وفي الوقت نفسه لا مانعَ أبدًا من إعادة النظر في بعض مواد التقنين كلما دعت حاجة إلى ذلك.

(١) راجع: الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره ص(٢٤٥).

(٢) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص(٣٥٧- ٣٥٨).

(٣) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص(٣٥٧).

وهذا الكلام أيضًا متناقض مع الواقع العملي الذي انطلق منه صاحب تلك الحجج المزعومة، وإلا فهل يعتبر اقتصار دولة مثل المملكة العربية السعودية في قضائها وأحكامها على المذهب الحنبلي تحجيرًا للواسع من تراثنا الفقهي الزاخر؛ حيث لا يأخذون بآراء فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية؟! وهل كان اقتصار الدولة العباسية ومن بعدها الدولة العثمانية لعدة قرون على المذهب الحنفي تحجيرًا للواسع؟! وهل سيادة المذهب المالكي في شمال أفريقيا وبلاد المغرب العربي من قرون بعيدة تحجيرٌ للواسع كذلك؟!

فاتضح أن التقنين لا يختلف في حقيقة الأمر عما تتبنَّاه الدول الإسلامية من مذاهبَ فقهيةٍ بعينها، غاية الأمر أنه يختلف في شكله وصياغته عن التأليف الفقهي الذي عهدناه في القرون السالفة.

- **ثالثًا:** ما قيل من أن الذين سيقومون بالتقنين سيأخذون قولًا من أقوال، ورأيًا من آراء، وهذا فيه تقييد للأمة بقول دون آخر، مع كون القول المهمل يعتمد على مثل ما اعتمد عليه القول المختار من الحجة والبرهان -كلامٌ في الحقيقة عجيب، وبعيدٌ كلَّ البُعد عن المنطق، ويجاب عليه بمثل ما قلناه آنفًا، فهو تكرارٌ للشبهة بأسلوب مغاير!

ونحن نقول لهم أيضًا: لماذا اخترتم المذهب الحنبلي دون غيره من المذاهب، مع كونها أيضًا لها أدلتها وحججها وبراهينها؟!

ونؤكد أن التقنين اختيارٌ من قِبَل المتخصصين والموكل إليهم هذه المهمة، يراعى فيه أدلَّة الأقوال المختلفة وأكثرها مناسبةً للواقع والعادات والبيئات وتحقيقًا للمصالح، وإلَّا فكيف يكون الترجيح في الدراسات الفقهية المقارنة؟!

وهل يمكن لإنسانٍ أن يطبق في مسألة حكمين أو رأيين مختلفين في الوقت نفسه لئلا يهمل أحدهما؟!

- **رابعًا:** ما قيل من أن أحوال الناس مختلفة وعاداتهم متباينة، وأن القضاة سيحكمون بمواد التقنين الموحد دون مراعاة لعادات الناس -هو أيضًا يدورُ في فلك ما سبق قوله، وهو في الحقيقة -كما أشرنا سابقًا- جهلٌ بطبيعة التقنين؛ لأنَّ التقنين يُراعَى في اختيار مواده من جملة الأقوال الواردة في الفقه الإسلامي أكثرها ملاءمةً للواقع بكل معطياته.

ويجب على المجتهدين أن يراعوا اختلاف البيئات في العالم الإسلامي، فيكون لكل بيئة قانون إسلامي ينظم معاملاتها وأحكامها بما يتفق مع طبيعتها وظروفها.

وكثير من الأحكام الخاصَّة بالمعاملات تتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان، ولذلك جعل الله تعالى تشريعَها في صورة مبادئ عامَّة وتشريعات كلية ليفسح المجالَ أمام المجتهدين لتقرير الأحكام الجزئية والتفصيلية بما يتلاءم مع زمانهم ومكانهم، شريطة ألا يخالف ذلك نصًّا شرعيًّا ولا قاعدةً فقهيةً مقررة[١].

والتقنين مع ذلك ليس جامدًا لا يقبل التغيير، وإنما للمشرع أن يعدل ويبدل إذا رأى حاجة لذلك، وللفقهاء عامة أن يقدموا دراساتهم وأبحاثهم في نقد القانون، وتقديم البدائل الأفضل دائمًا وأبدًا.

فلا مانعَ من إجراء تعديلات على التقنين المأخوذ من الفقه الإسلامي؛ فالاجتهاد يتغير طالما أنه في إطار النصوص الشرعية، ويهدف إلى تحقيق مصالح الناس المعتبرة شرعًا.

والفقيه الواحد قد يُغَيِّر من آرائه إذا تبين له رجحان غيرها، والإمام الشافعي غيَّر كثيرًا من آرائه حينما انتقل إلى مصر؛ مراعاةً لاختلاف البيئة، ولأسبابٍ أخرى: كإعادة النظر في اجتهاده، أو ظهور نصوص لم تكن قد ظهرت له من قبل، وغير ذلك من الأسباب التي تكلم عنها الأصوليون في باب تغيُّر الاجتهاد[٢].

وكون التقنين موحدًا في الدولة ميزة تحسب للتقنين، لا عليه؛ لأن ذلك يعمل على تحقيق العدالة بين أبناء المجتمع الواحد، ويمنع التلاعب بالأحكام، ويصون القضاة عما يمكن أن يقعوا فيه، ويحفظهم من قالة السوء.

- **خامسًا:** ما قيل من أنَّ حكام المسلمين حكام أحرار مهما قُيِّدوا، ولن تطمئن نفوسهم بإصدار الأحكام حتى يبحثوا عن الحق والصواب بأنفسهم، وأن التقنين سيقيدهم وسيغلق أمامهم نوافذ النور -كلامٌ تردُّه طبيعةُ الشرائع نفسها؛ فلا شكَّ أنَّ الشريعة بأحكامها تقيِّد المسلم بأحكامها التي شرعها الله تعالى من خلال نظامها التشريعي القائم على: «افعل ولا تفعل».

وما الفقه الإسلامي إلا محاولات من أُولي العلم والفقه لبيان حكم الله في الوقائع كما يبدو لهم، ولذلك فإن التقيُّد بالأحكام الفقهية ليس تقيدًا مذمومًا، بل هو تقيُّد بشرع الله كما يبدو للمجتهد.

(١) راجع: الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره ص(٢٤٦).

(٢) راجع: الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره ص(٢٤٧). وراجع في الكلام عن تغير الاجتهاد: الموافقات في أصول الشريعة (٤/ ٢١٧)، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص(٢٦٣) ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور/ وهبة الزحيلي (٢/ ١١١٣، ١١١٤) ط. دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، وأصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله للدكتور/ عياض السلمي ص(٤٧١-٤٧٥) ط. دار التدمرية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.

وادعاء أن التقنين سيغلق منافذَ النور أمام الحكام كلامٌ مردودٌ بما قلناه آنفًا، بل على العكس من ذلك فإنَّ التقنين يعملُ على تنشيط الحركة الفقهية والدراسات النقدية المرتبطة بالواقع.

واعتبار أن التقنين سيجعلُ من القضاة آلةً صمَّاء قلْبٌ للحقائق، بل التقنينُ صيانةٌ للقضاة وتسهيلٌ عليهم.

ولا يخفى على أحدٍ ضعْفُ المستوى العلمي لمعظم القضاة في عصرنا من حيث الإلمام بأصول الفقه وفروعه مقارنةً بما كان في السابق[١]، وعجزهم عن الغوص في أمهات المصادر الفقهية المطولة وكتب الشروح والحواشي، بل عدم قدرة بعضهم على فهم الكتب التراثية.

فضلًا عما يتسبب فيه ذلك من تضييعٍ لوقت المتقاضين، وتأخير الفصل في القضايا، في الوقت الذي ثقل فيه كاهل القاضي بكَمٍّ كبيرٍ من القضايا[٢].

بالإضافة إلى أنه ستظلُّ هناك مساحة للقضاة للاجتهاد والنظر، وهي الخاصة بتحقيق مناط الأحكام وتنزيلها على الوقائع المنظورة، ومدى توافر ظروف مشددة أو مخففة للحكم ترجع إلى الجاني أو الخصم أو ترجع إلى ظروف الجريمة أو الدعوى بصفة عامة[٣].

وكذلك فيما يخصُّ الوقائع المستحدثة التي لم يَرِدْ لها نصٌّ في التقنين؛ حيث سيلجأ القاضي لتخريجها على نظائرها من المنصوص عليها، مستلهمًا المقاصد الشرعية، ومتوخيًا العدالة فيما يحكم به.

- **سادسًا:** ما قيل من أن التقنين سيقصر نظر القضاة ويحدُّ من علمهم سبق الرد عليه، وأن التقنين ينشط الحركة الفقهية والدراسات النقدية، ويجعل سائر الفقهاء يقدمون بحوثهم في نقد التقنين وتقديم البدائل الأفضل.

ولذلك ينبغي على المجتهدين أن يبينوا عند تقنين الفقه الإسلامي في المذكرة التفسيرية التي تلحق بكل قانون الأساس الشرعي الذي استندوا إليه لكل مادة من مواد القانون، فيذكروا الدليل الشرعي، سواء كان نقليًّا أو عقليًّا، ويذكروا المذاهب الأربعة في حكم كل مادة، ويبينوا ما أخذوا به من آرائهم، مع بيان الدليل الذي استندوا إليه في الاختيار والترجيح.

---

(١) حينما كان يلي القضاء أمثال القاضي أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني صاحبي الإمام أبي حنيفة، والقاضي أبي يعلى الفراء، وأبي بكر بن العربي، وناصر الدين البيضاوي، وعضد الدين الإيجي، وتقي الدين السبكي، وبدر الدين بن جماعة، وسراج الدين البلقيني، وزكريا الأنصاري، وأضرابهم من الفقهاء والأصوليين الكبار.

(٢) انظر: الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(١٧١).

(٣) راجع: الإسلام وتقنين الأحكام ص(٢٨٦).

وكذلك إذا كانت المسألة من القضايا المستحدثة، واجتهدوا فيها اجتهادًا مطلقًا، فعليهم أن يبينوا دليلهم وما استندوا إليه.

وهذا فيه إلزامٌ للمجتهدين والمشرِّعين بالرجوع إلى التراث الفقهي الزاخر والإفادة منه، ولا مانعَ أن يأخذ المشرع حكم مسألة من مذهب فقهي، ويأخذ حكم مسألة أخرى من مذهب فقهي آخر، فليس هذا من التلفيق المذموم؛ لأنَّ له مسوغاتٍ فقهية[١].

فيؤخذ أقوى ما في المذاهب من اجتهادات وآراء، وأليقها بروح العصر، وأكثرها تحقيقًا لمصالح الناس، مع الاهتداء في ذلك بالنصوص الشرعية والقواعد المقررة ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

والناظر في واقع الدول التي قننت العديد من الأحكام من الشريعة الإسلامية يرى أثَرَ التقنين في تنشيط الحركة الفقهية بها واضحًا جليًّا، فلدينا في مصر عشرات بل مئات الدراسات في الأحوال الشخصية، كلها قام حول قوانينَ معينة، وقد رجع المشرع المصري في كثير من الأحيان لتلك الدراسات وأخذ بما انتهت إليه[٢].

- **سابعًا:** ما قيل من أن التقنين فيه حدٌّ للحريات وهضمٌ للحقوق وازدراءٌ للآراء والأفكار كلام مردود؛ لأنَّ الدولة تقوم بتشكيل لجنة من كبار الفقهاء والمتخصصين للقيام بالتقنين من خلال الاجتهاد الانتقائي كما سبقت الإشارة.

وبوسع غيرهم من سائر الفقهاء والباحثين تقديم أبحاث ودراسات نقدية كما أسلفتُ؛ فليس في هذا تقليل من شأن هؤلاء الفقهاء.

وقولهم: إن فيه تقيُّدًا برأي واحد، وطرحًا لما عداه من آراء تركها لنا أسلافنا -كلامٌ عجيبٌ، سبق الرد عليه، وهل في اختيار الدولة مذهبًا معينًا والتقيد به طرْحٌ لما عداه؟! إنما هو الترجيح ومراعاة أكثر الأقوال تحقيقًا للمصلحة ومناسبةً للواقع.

كما أنَّ الحقَّ في كل ذلك واحد لا يتعدد، يصيبه بعض المجتهدين ويخطئه البعض الآخر، وكل مجتهد يبذل وسعه للوصول إليه، غير جازم بأن ما وصل إليه هو الحق وأن ما عداه هو الباطل.

(١) راجع: الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره ص(٢٤٦).

(٢) ومثال ذلك: ما كتبه الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجي في كتابه «دراسات في الأحوال الشخصية» الذي قدَّم فيه دراسة فقهية مؤصلة للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م، الذي احتوى على تعديلات في قوانين الزواج والطلاق في مصر، وتناول فيه دراسة كافة الأحكام الفقهية التي تضمنها القانون. وقد أُخِذَ بكثير مما انتهى إليه في ذلك الوقت. راجع في جهوده: الدكتور محمد بلتاجي حسن أحد أعلام الحركة الفقهية في مصر في القرن العشرين للدكتور/ هشام يسري العربي بحث مقدم لمؤتمر «جهود العلماء المصريين في الدراسات العربية والإسلامية» المنعقد بجامعة الفيوم في مارس ٢٠١٥م ص(٦٢١، ٦٢٢) بكتاب المؤتمر.

◈ **ثامنًا:** ما قيل من أن الحاكم بهذا التقنين قد أخلَّ بأعظم شرط يُشترط في القاضي، وهو الاجتهاد وطلب الحق من مظانه -يُجَابُ عليه بما سبق من أن التقنين يترك مساحةً للقاضي لتحقيق المناط، والاجتهاد في المستجدات غير المنصوص عليها.

كما أنَّ الواقع أن معظم القضاة في بلادنا ليسوا مؤهلين للاجتهاد، بل ليس كثيرٌ منهم مؤهلًا لاستخراج الأحكام من مصادرها الفقهية الأصيلة من كتب المذاهب الفقهية المختلفة.

فهم يلتزمون بالمذهب السائد في الدولة، بل بالراجح غالبًا في هذا المذهب، بحيث لا يجوز العدول عن الراجح والمعمول به إلى الضعيف أو المهجور في المذهب، فهم في الحقيقة ليس لهم الحرية في اختيار ما يرونه، بل مقيدون بأحكام معلومة محددة، وإن لم تأخذ صورة التقنين.

ولذلك فإنَّ التقنين يحلُّ هذه المشكلات الواقعية، ولا يُغْفِل أيضًا وجود مساحة لنظر القاضي واجتهاده بقدر ما يمكنه ذلك، وهو القدر الذي لا بد منه للقضاة.

◈ **تاسعًا:** ما قيل من أن تقنين الفقه الإسلامي يعتبر تقهقرًا بالقضاء والأحكام، وأن إصلاح القضاء لا يكون بتكبيل القضاة وتقييدهم، وإنما بفتح أبواب الاجتهاد والبحث أمامهم -كلامٌ مكررٌ أيضًا؛ فالتقنين بما يحويه من صياغة دقيقة يعتبر ذروة تطور الدراسات الفقهية في عصرنا، وهو مظهر من مظاهر النهضة الفقهية، وليس فيه تكبيل للقضاة، وإنما هو توحيد للأحكام في الدولة الواحدة بقصد تحقيق العدالة والمساواة، وسد أبواب التلاعب بالأحكام وفساد الذمم.

◈ **عاشرًا:** ما قيل من أن التزام الحكم بالتقنين هو تحتيم للتمذهب به، وهي آراء واجتهادات لعلماء قال غيرهم بخلافها، وأنه لا يجب اتباع أحد إلا النبي صلى الله عليه وسلم -كلام مردود من وجوه؛ فالتقنين لا يختلف -كما أسلفتُ- عن اختيار مذهب معين لتطبيقه في الدولة وجعله المذهب الرسمي لها، وما يقال في التقنين من أنَّ هناك آراءَ واجتهاداتٍ لعلماء بخلافه يقال في المذهب المعين، بل يقال في أي ترجيح واختيار لقول فقهي.

ومسألة أنه لا يجب اتباع أحد إلا النبي عليه الصلاة والسلام مسألة لا جدالَ فيها، لكنها سيقت سياقًا يدلُّ على عدم وجود اتباع غير النبي صلى الله عليه وسلم، وفي الحقيقة أن اتباع مذهب معين أو ترجيح رأي فقهي واتباعه إنما هو في الحقيقة اتباعٌ للنبي صلى الله عليه وسلم، فما مذاهب الفقهاء ولا اجتهاداتهم إلا محاولة للكشف عن حكم الله كما يبدو لهم.

ثم إنَّ الله عز وجل قد أمر باتباع أولي الأمر وطاعتهم في قوله سبحانه: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ} [النساء: ٥٩]، وكما قررنا سابقًا فإنَّ طاعة أولي الأمر تبع لطاعة الله ورسوله، ولذلك لم يُعِد اللهُ تعالى فعلَ الأمر (أطيعوا) مع أُولي الأمر، كما أعاده مع الرسول ﷺ.

وكما قرَّرنا أيضًا فإنَّ طاعة أولي الأمر مقيدة بألا تكون في معصية، أو مخالفة لله ورسوله، أو فيما هو متفق عليه ومقرر من أحكام الشريعة، وإلَّا لم تجب، بل لا تجوز إلَّا على سبيل الضرورة وبضوابطَ معينة.

- **حادي عشر:** ما قيل من أن الحاكم الحرَّ عن القيود، الطليق عن الحدود الذي فَقِهَ الشرعَ فقهًا علميًّا ونفسيًّا، وقذف الله في قلبه النور، وألزم نفسه التحقيق والتدقيق سيؤتيه الله نورًا وفهمًا وفراسةً في الأحكام بما لا يوجد في التقنين ولا في الكتب، إنما هو النظر الثاقب والبصيرة النافذة والإلهام الإلهي! في الحقيقة هذا كلام غريب ومخالف لأساسيات القضاء ومبادئه في الإسلام؛ فإن القاضي يلتزم في قضائه بما تم إقراره من أحكامٍ وموادَّ في التقنين مستمدةٍ من الفقه الإسلامي، وليست مبنيةً على هوًى أو تَشَهٍّ، والقاضي لا يلتزم في قضائه إلا بما تحت يده من أدلَّة وحقائقَ وقرائن، ولا يحكم بناءً على فراسته أو ما يجده في نفسه، ولا ينتظر إلهامًا ولا وحيًا من السماء!

ثم ما الفرق بين حكم القاضي بما في التقنين وحكمه بمذهب معين؟!

وهل تقنين الفقه الإسلامي المستمد من الشريعة الإسلامية يمنع أن يقذف الله نورًا في قلب القاضي يجعله يهتدي لوجه الحق فيبحث عن أدلته وقرائنه في أوراق القضية المنظورة؟!

- **ثاني عشر:** ما قيل من أن الحق معرفة الهُدَى بدليله، وأن التقنين جامد جاف بعيد عن تراثنا الدسم المقرونة أحكامه بأدلتها -يُجَابُ عليه بأنَّ التقنين اختيارٌ لأحد الأقوال بناءً على قوة أدلته أو تحقيقه للمصلحة وغير ذلك من اعتبارات شرعية؛ فهو من الهدى ومن الحق، وليس بعيدًا عن تراثنا (الدسم).

كما أنه سبق أن أشرنا إلى أنه ينبغي على المجتهدين أن يبيِّنوا عند تقنين الفقه الإسلامي في المذكرة التفسيرية الملحقة بكل قانون الأساس الشرعي الذي استندوا إليه لكل مادة من مواد القانون، بل يذكروا المذاهب الأربعة في حكم كل مادة، ويبينوا ما أخذوا به من آرائهم، مع بيان الدليل الذي استندوا إليه فيما اختاروه. وبهذا يصبح التقنين ومذكراته التفسيرية أشْبه بموسوعة فقهية مقارنة.

- **ثالث عشر:** ما قيل من أن الله تعالى أَمَرَ نبيَّه ﷺ عند التحاكم أن يحكم بالقسط، وأن الحكم بناءً على التقنين ليس مما أمر به الله -كلامٌ يفتقر إلى الدقة، وقد سبق بيانُ أن الحكم بالتقنين يستند إلى أمر ولي الأمر به، وقد ورد النصُّ بوجوب طاعة ولي الأمر ما دامت لا تناقض طاعة الله وطاعة رسوله.
- **رابع عشر:** ما قيل من أن الله أَمَرَ عند التنازُع بالرد إلى الله ورسوله دون غيرهما يُجَابُ عليه بما سبق من الأمر بطاعة أولي الأمر، فالردُّ والتحاكمُ إلى التقنين المأخوذِ من المذاهب الفقهية هو ردٌّ إلى الله ورسوله[١].

(١) انظر: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص(٣٥٦).

◈ **خامس عشر**: ما قيل من أنَّ في التقنين توهينًا لتجريدِ اتباع النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأنَّ حكم القاضي بخلاف ما يعتقدُه تقديمٌ لقول غير المعصوم على ما يعتقده عن المعصوم -قد سبق بيان أنه لا تناقضَ بين الأحكام الفقهية التي يقررها الفقهاء وبين النصوص الشرعية من القرآن والسنة، وأن آراء الفقهاء ما هي إلا بيان لحكم الله تعالى كما يراه الفقيه.

وعليه فإن الالتزام به التزام بحكم الله وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم.

◈ **سادس عشر**: وكذلك يقال فيما قيل من أن التقنين من اجتهاد غير معصوم، وأن فيه قطعًا للخِيَرة في أمر الله وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم؛ فهي من أمر الله وأمر رسوله ﷺ.

◈ **سابع عشر**: ما قيل من أن القاضي مأمور بأن يحكم بما يعتقده حقًّا وإلا استحق النار لحديث: ((القضاة ثلاثة)) -يُجَابُ عليه بأنَّ الحقَّ هنا هو ما قرَّره واختاره وليُّ الأمر، وألزم به القضاةَ بما له من سلطة تقييد المباح ورفْع الخلاف، وهو في هذا لا يفتئت على الله تعالى، بل يرجع إلى ما اختاره جماعة العلماء، ورجحوه واعتقدوه حقًّا بما يشبه الإجماع.

◈ **ثامن عشر**: ما قيل من أن القرون الأولى الفاضلة لم تعرف التقنين، ولا شك أن الهدى في اتباعهم -كلامٌ في الحقيقة لا يستحق الرد؛ لأنَّ الأخْذَ بمتطلبات الحياة ليس مخالفةً لهدْي السلف وأهل القرون الفاضلة، بل هو من القيام بواجب الوقت وحق العصر ولوازم التطور، وما أخَّرَنَا إلا التمسكُ بمثل تلك الأقوال التي تطلق على عواهنها، ولو ذهبنا نقول ذلك في كل شيء لظللنا بَدْوًا رُحَّلًا!

بالإضافة لما سبقت الإشارة إليه من وجودِ وقائعَ في عهد الخلفاء الراشدين والصحابة كعمر بن الخطاب وغيره تدلُّ على جواز التقنين وممارسة بعض صوره[١].

◈ **تاسع عشر**: ما قيل من أنه لا خلافَ في عدم جواز أن يُقلَّد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب معين -كلام غير صحيح، وقد سبق بيان الخلاف في ذلك، وترجيح القول بأن أمر ولي الأمر يرفع الخلاف، وسبق نص كلام القرافي الذي يقول فيه: «اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالفُ عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه، على القول الصحيح من مذاهب العلماء»[٢].

◈ **عشرون**: ما قيل من أنَّ التقنين بما أنه عمل بشري لا يخلو من خطأ: نزع في غير منزع كما يقال؛ فلم يقل أحد: إن التقنين معصوم من الخطأ، ولا يطلب منه ذلك؛ بل هو اجتهاد من أهل الاجتهاد يتوخى فيه وجه الحق ومصلحة العباد التي لا تناقض نصًّا شرعيًّا ولا قاعدةً فقهيةً مقررةً، ويكتسب قوته من سلطة ولي الأمر في الإلزام به كما بينا. والمجتهد مأجور في كل أحواله.

(١) راجع: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص(٣٥٦، ٣٥٧).

(٢) الفروق (٢/١٠٣).

- **حادٍ وعشرون**: وما قيل من أن التقنين به من المضار الكثير مما يفوق ما به من مصالح، ولذلك فإنَّ سدَّ ذرائع الفساد يقتضي منع التقنين، وأنَّ من مضار التقنين: الواقع المشاهد في بعض الدول الذي يخرج بالتقنين عن الشريعة الإسلامية، وأنه يضطر من بان له الحق بدليله أن يتعداه لما ألزمه به التقنين، وأن التقنين فيه حجر على الأحكام الاجتهادية، وفيه تجاهلٌ للعرف والعادة، وفيه تضاربٌ في مذكراته التفسيرية، ويؤدي إلى هجْر كتب المكتبة الإسلامية، ويناقض روح الاجتهاد -فهذا لا يعدو أن يكون تكرارًا لشبه سابقة مما رددناه في النقاط الماضية.

ومسألة الواقع المشاهد في بعض الدول الذي يخرج بالتقنين عن الشريعة لا يصح الاحتجاج بها؛ لأننا نؤصل لمبدأ، ولسنا بصدد تقييم تجارب بعينها، وإلَّا فهناك دول لم تخرج في تقنيناتها عن المذاهب الفقهية المعتبرة.

ومن أُسس التقنين مراعاة عادات الناس وأعرافهم وما يصلحهم، مع التقيُّد بما يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- **ثانٍ وعشرون**: أما ما قيل من أن تقنين الفقه الإسلامي محاكاة للقوانين الغربية في صياغتها، وهذا يناقض ما يجب أن تكون عليه الأمة الإسلامية من استقلالية واستغناء بما عندهم، وعدم استجداء غير المسلمين -فهذا كلامٌ بعيدٌ كل البعد عن الموضوعية وعن الحكمة التي أُمِرْنَا باتباعها متى وجدناها، ومن المسلَّمات أنَّ الحقَّ يُقْبَل من كل من جاء به، ولو كانت المحاكاة لغير المسلمين مذمومةً في ذاتها فلمَ نأخذ بأسباب الحضارة المعاصرة، وكلها جاءتنا من الغرب؟!

وخلاصة القول: أن كل ما أُثير حول تقنين الفقه الإسلامي من حججٍ للمعارضين هي في الحقيقة شبهاتٌ ومزاعمُ ثبت بالبحث تفنيدُها والردُّ عليها بما لا يَدَعُ مجالًا للشك في رجحان القول بالتقنين، بل بوجوبه ولزومه لما يحققه من حفاظٍ على أحكام الشريعة، ومواكبة التطور القانوني الحديث، والوقوف ضدَّ تيارات التغريب التي تتَّكِئ على عدم تقنين الشريعة.

والذين ينتقدون التقنين هم أنفسُهم يعملون به في أنظمتهم الإدارية والسياسية والاقتصادية وغيرها، ومن ثم فإنَّ القولَ بمنع التقنين لا يمكن قبوله بحال الآن، بل يمكن القولُ بسقوط هذا القول وعدم الاعتداد به حاليًّا، وأن الزمن قد تجاوزه، بحيث صار ساقطًا أمام كل ذي عينين.

محاذير التقنين وإمكانية تلافيها

من خلال ما سبق عرْضُه من شبهاتٍ للمعارضين لتقنين الفقه الإسلامي يمكن أن نستخلص بعض المحاذير التي يمكن أن تترتب على الأخْذِ بالتقنين، مبينين كيفية تلافيها.

ويمكن حصر محاذير التقنين في الأمور التالية:

الأمر الأول: الجمود:

نظرًا لما يتطلبه التقنين من جهود كبيرة، وما يُراعى فيه من فنيات، وما تضفيه عليه الدولةُ من هيبة وتقدير للإلزام به قد يكتسب التقنين ما يشبه القدسية التي تجعل البعض يدور في فلكه مفسرًا وشارحًا ومدافعًا، ورافضًا لأي نقدٍ بَنَّاء، مما قد يصيب التقنين بالجمود وعدم مسايرة تطور المجتمع المستمر، وهذا ينافي وظيفة القانون التي تقتضي أن يتطور مع ما يستجدُّ من ظروف المجتمع[١].

وهذا الأمر في الحقيقة مبالغ فيه، فالقانونُ يظلُّ محتفظًا بمرونته، ويتقبل المزيد من الدراسات النقدية والمقارنة لما تم اختيارُه من آراء فقهية بغية الوصول لأكثر الآراء تحقيقًا للمصلحة ومقاصد الشريعة[٢].

بل إن التقنين -كما سبقت الإشارة- يعمل على تنشيط الحركة الفقهية، وشحْذ همم الفقهاء والمتخصصين لتقديم البحوث والدراسات حوله، وقد أشرنا سابقًا إلى بعض الأمثلة العملية على ذلك.

ولعلَّ أساسَ هذا المحذور من محاذير التقنين يرجع إلى نشأة التقنين؛ نظرًا لما كان يُبذَل فيه من جهود كبيرة في بداياته، مع الفائدة الكبيرة التي يحققها، فأضفى ذلك عليه هالةً وتقديسًا في نفوس الناس، وقد حدث هذا بصورةٍ واضحةٍ في التقنينات الفرنسية التي أعقبت الثورة الفرنسية في الفترة (١٨٠٤-١٨١٠م). لكن لم تلبث هذه النظرة أن زالت تحت تأثير الضرورات العملية لتعديل التقنينات[٣].

(١) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٦)، وأيضًا: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٢٩).

(٢) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٦).

(٣) راجع: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٩٢-١٩٤).

لكن من الحق أن نقول: إنَّ تعديل القوانين لا بد أن يتبع فيها الإجراءات التشريعية المقررة؛ لئلا تصير القوانين ألعوبةً في يد أصحاب القرار، فتسقط هيبتها من نفوس الناس.

الأمر الثاني: النقص:

حيث قيل: إنَّ التقنين عادةً يكون به نقص وقصور، وذلك من وجهين:

الأول: خلو التقنينات من التعريف بالألفاظ والمصطلحات الواردة فيه كألفاظ الغلط والتدليس والغرر وحسن النية وسوء النية ونحوها. وهذه المصطلحات يترتب على الاختلاف فيها نتائجُ خطيرة.

والثاني: قصور التقنين عن استيعاب جميع الأحكام القانونية وشمولها[١].

وفي الحقيقة الكلام عن قصور التقنين ونقصه لا يتعلق بالتقنين في ذاته، وإنما يتعلَّق بالمنهج الذي يُتَّبع فيه؛ إذ من الممكن أن يشتملَ التقنينُ على تعريفِ المصطلحات الواردة فيه فيما يُعرف بالمذكرة التفسيرية، وكذلك مسألة عدم الشمول والاستيعاب يمكن تلافيها بإيراد كل الأحكام الجزئية والتفصيلية.

ورغم ذلك: فإنَّ منهجية التقنين تقتضي أيضًا خُلُوَّه من التعريفات، وعدم شموله للجزئيات والتفصيلات.

أما الأولى وهي خلوُّ التقنين من التعريفات فهو في الحقيقة مزية، وليس عيبًا؛ لأنَّ التعريفاتِ مسألة علمية ينبغي أن تترك للفقه والقضاء يذهبان فيها المذهبَ المناسبَ لمقتضى الحال المتغير بتغيُّر الظروف؛ فإيراد التعريفات والتقسيمات في التشريع يجمدها، وهو ما لا يتفق مع تطور النظم القانونية، الأمر الذي قد يلجئ إلى التحايل للتخلُّص من هذا الجمود وبذل عناء كبير في سبيل ذلك.

وأما الثانية الخاصة بعدم الشمول، فهذا ما تقضي به الحكمة، فينبغي أن يقتصر التقنين على القواعد العامة، وأن تترك التفاصيل للقضاء، وعلى القضاء أن يكمل ما في التقنين من نقص، وفقًا لما تقتضيه الضرورات العملية وقواعد العدالة؛ ليستطيع مسايرة المعاملات المتغيرة باستمرار.

وهذا أيضًا يعطي التقنين مرونةً وسعةً وتجددًا في فهم النصوص لإدخال الحاجات الجديدة تحتها، وهذا ردٌّ آخرُ على ما قيل بشأن جمود التقنين[٢].

(١) راجع: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٨).

(٢) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٢٨، ٢٩، ٩٠، ٩١)، وراجع أيضًا: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٩٤، ١٩٥).

وردٌّ أيضًا على دعوى مضادة التقنين للاجتهاد وتنمية علوم القضاة وملكاتهم.

بل ينبغي التنبُّه إلى أنَّ كل محاولةٍ للإحاطة في التقنين بكل شيءٍ هي محاولة مقضي عليها بالفشل، فالمشرع -مهما كان بعيد النظر- عاجزٌ عن أن يتصور عند وضْع التشريع كل أمر ليضع له حكمه، بل هو عاجزٌ عن أن يضعَ للأمور التي يعرفها أحكامًا صالحةً لكل زمان ومكان -وهذا لأنه تشريع وضعي وإن كان مستقًى من المصادر الشرعية، لكنَّ صياغاته وكثيرًا من أحكامه تبنى على مصادرَ متغيرةٍ كالعرف والمصلحة، بخلاف الأحكام الشرعية الثابتة التي هي معجزة بصلاحيتها المستمرة أبد الدهر- فالمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالًا واسعًا لتطور القانون؛ فلا يقضي عليه بالجمود، ويحصره في قوالبَ محدودةٍ من الألفاظ والأحكام.

والطريق السليم هو أن يترك المسائل التفصيلية للفقه والقضاء، بل إنه يجب أن يترك كثيرًا من المسائل الرئيسية دون أن يتخذ منها موقفًا معينًا ما دام تطورها لم يستقر عند غاية، وما دامت الحاجة العملية لا تقتضي ذلك.

والمشرع الحكيم أيضًا هو الذي يجعل عباراته مرنة؛ بحيث تتسعُ لتفسيرها على وضع يتغيَّر بتغيُّر الظروف، دون أن يصلَ في ذلك إلى الغموض والإبهام.

وخيرُ طريقٍ يسلكه المشرع والمقنن للجمع بين المرونة والدقة أن يلجأَ إلى المسائلِ كثيرة التطور من القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة التي يسترشد بها القاضي دون أن تقيِّده، فيصل إلى حلول تختلف من حالة إلى حالة أخرى، باختلاف ملابسات كل قضية عن الأخرى[١].

فوظيفة التقنين ليست حصْر القواعد القانونية على وجْهٍ ثابت لا يتغير، وإنما ترتيب الأحكام الخاصَّة بكل فرعٍ من فروع القانون؛ بحيث تكون مفتاحًا ميسرًا للتعرُّف على حكم القانون، على أن يكمل ذلك بالرجوع إلى المصادر الأخرى للأحكام القانونية، وفي مقدمتها الفقه والقضاء؛ ذلك أنه لا يلبث التقنين أن يوضع موضع التطبيق حتى يقوم بجانبه العديد من الأحكام القانونية الصادرة عن الفقه والقضاء مما يزيد عن القواعد الواردة في التقنين[٢].

(١) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٩٢).

(٢) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٩٣).

الأمر الثالث: البعد عن التراث الفقهي وإهماله:

وهذا الأمر قد أثاره غيرُ واحدٍ من المعارضين للتقنين، واعتبروا أنَّ التقنين يقصر الهمم ويكبل العقول ويضعف الاجتهاد، ظانين أن التقنين يؤدي إلى أن يتعامل القضاةُ مع نصوصٍ جامدةٍ بعيدةٍ كلَّ البُعد عن مواردها ومستنداتها[١].

وهذا -كما أشرنا سالفًا- غيرُ صحيح، بل على العكس من ذلك؛ فإنَّ تقنينَ الفقه الإسلامي إذا أُعِدَّ كما ينبغي له لكان فتحًا عظيمًا في تاريخ الفقه؛ فالتقنين اختيار لأحد الأقوال بناءً على قوة أدلتها أو تحقيقها للمصلحة وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية.

وقد أشرنا سابقًا إلى أنه ينبغي على المجتهدين أن يبينوا عند تقنين الفقه الإسلامي في المذكرة التفسيرية له الأساس الشرعي الذي استندوا إليه لكل مادة من مواد القانون، ويذكروا المذاهبَ الأربعة في حكم كل مادة، ويبينوا ما أخذوا به، مع ذكر الأدلة التي استندوا إليها. وكل هذا اتصالٌ وثيقٌ بالتراث الفقهي.

كما أنَّ التقنين يترك مساحةً للقاضي لتحقيق مناط الأحكام على الوقائع، والاجتهاد في المسائل المستجدَّة غير المنصوص عليها في القانون ليقوم بتخريجها على نظائرها المنصوص عليها.

وهذا كلُّه فيه إلزامٌ للمجتهدين والمشرعين والقضاة بالرجوع إلى التراث الفقهي الزاخر والإفادة منه، ومن قبله نصوص الشريعة وقواعدها الكلية ومبادئها العامة.

وإضافةً إلى ذلك كله: فإنَّ تقنين الفقه الإسلامي يفتح البابَ أمام الفقهاء والباحثين لعمل الدراسات المقارنة والنقدية للقانون؛ فتتعدَّد وجهات نظرهم تأصيلًا للقانون أو نقدًا له، وكل ذلك يثري الحياة العلمية في تلك الجوانبِ ثراءً كبيرًا.

وقد أشرنا آنفًا إلى قيام عشرات بل مئات الدراسات في مصر حول قوانينَ معينة، وفي مقدمتها قوانين الأحوال الشخصية، وقد رجع المشرع المصري في كثيرٍ من الأحيان لتلك الدراسات وأخذ بما انتهت إليه[٢].

وعلى ذلك: فإنَّ التقنينَ لا يبعد بالقاضي ولا بالمجتمع عن التراث والفقه الإسلامي الزاخر.

---

(١) راجع: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٢٩).

(٢) ومنها على سبيل المثال: الدراسات التي قامت والمقالات التي كتبت حول قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م بشأن بعض التعديلات في قوانين الزواج والطلاق في مصر.

المبحث التاسع

صياغة التقنين

يرى الدكتور/ محمد زكي عبد البر أنَّ التقنين ينبغي أن ينطلق من الفقه الإسلامي وطريقته في صياغة أقسامه ونظرياته العامة، وهي صياغة «التصرف الشرعي» و«الواقعة الشرعية»، وهذا هو الذي ينادي به رجال القانون مؤخرًا.

حيث يبدأ الفقه الإسلامي بإيجاب الشارع أو إيجاب المكلف (التصرف)، ثم يبحث في أحكامه، فيبدأ بالسبب ثم ينتقل إلى المسبب، وهو النظر المنطقي العملي؛ خلافًا لطريقة القانون الروماني التي تقوم على نظرية الحق وتقسيمه إلى حق شخصي (الالتزام) وحق عيني، ثم يبحث عن مصادرِ كل قسم وأحكامه، فيبدأ بالمسبب أو الثمرة وهو الحق، ثم يبحث عن المصدر أو السبب وأحكامه.

ويقرِّر أن التقنين وفقَ طريقة التصرُّف الشرعي قد يكون له صعوبات عند صياغة النظريات العامة؛ حيث لم تتم صياغتها في كتب الفقه الإسلامي، إنما تناول الفقهاء كل عقد على حدة.

وأشاد بتجربة القانون المدني الأردني؛ حيث صُبَّت أحكام الفقه الإسلامي في القوالبِ الرومانية (وفق نظرية الحق)، على أن تكون هذه خطوة للعودة إلى الفقه الإسلامي أحكامًا وصياغةً.

كما بيَّن الدكتور/ عبد البر أن نظرية الحق الشخصي والحق العيني في القانون يقابلها في الفقه الإسلامي الدَّيْن والعَيْن[١].

وأيًّا ما كانت طريقة صياغة التقنين؛ فإنه يجب أن يبوَّب تبويبًا منطقيًّا متماسكًا؛ لأنَّ التبويبَ المنطقي يساعد على فهْم التقنين والإحاطة به والبحث فيه.

والترتيب المنطقي المطلوب في التقنين غير الترتيب العلمي الذي نجده في كتب الفقه الإسلامي؛ لأنَّ مقتضياتِ التقنين غيرُ مقتضيات البحث الفقهي.

(١) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٧- ٨٩).

فينقسم التقنين إلى أبواب وفصول يختصُّ كلٌّ منها بنوع خاص من الأحكام الشرعية العملية، وتخفي الأحكام الفقهية النظرية، على أن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطةً ببعضها على وجه منطقي محكم.

ويحسن أن يمهد لكل باب بتمهيد أو باب تمهيدي يتضمن الأحكام العامة التي تسيطر على جميع مناحي القانون، ولا تنحصر في مسألة في باب معين، كما نجد ذلك في القانون المدني المصري.

ويلاحظ أن تبويب القانون جزء من أحكامه؛ فقد تَرِدُ فيه نصوص لا تُفسَّر تفسيرًا مقبولًا إلا بعد الرجوع إلى مواضعها التي وردت فيها[١].

ومما ينبغي التنبُّهُ له مما يتعلَّق بقضية صياغة التقنين موضوع الإحالة في التقنين.

والإحالة قد تكون في حالة نقص التشريع؛ حيث يحال القاضي على أحد مصادر التقنين.

ومن ذلك ما جاء في القانون المدني المصري رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨)، حيث جاء في مادته الأولى: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ يمكن تطبيقُه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

فأحال المشرع القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي بالقانون إلى العرف، ومبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومن ذلك أيضًا نص القانون المدني الكويتي بعد تنقيحه على ضوء أحكام الفقه الإسلامي بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م بإصدار القانون المدني أنه في حالة نقص التشريع يحالُ القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، فإن لم يجد لجأ إلى العرف، فقد جاء في مادته الأولى: «تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها، فإن لم يوجد نصٌّ تشريعيٌّ حكم القاضي وفقًا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقًا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف»[٢].

ومن ذلك أيضًا قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م) حيث جاء في المادة الثالثة منه: «تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويُعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة»، فأحال القاضي إلى الراجح من المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص بالقانون.

(١) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٨٩، ٩٠).

(٢) انظر: ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ص(٣١، ٣٢).

ويرى الدكتور/ محمد زكي عبد البر أنه «يجب عدم الإكثار من الإحالة من نص إلى نص، بل ألا يلجأ إلى ذلك إلا إذا كانت الإحالة ضرورية؛ لأنَّ الإحالاتِ تجعل التشريع غامضًا عسر الفهم، فضلًا عن أن المشرع قد لا يستوعب الإحالة إلى كل النصوص الواجب الإحالة إليها»[١].

ويعلِّق على بعض القوانين الغربية قائلًا: «ومن التقنينات التي لاحظت ذلك التقنين السويسري، فقد أقلَّ من الإحالة بقدر الإمكان، وعندما اضطر إلى الإحالة كان يحيلُ لا على رقم المادة، بل إلى ملخص المحال عليه، أمَّا التقنين الألماني فقد أكثر من الإحالة من نص إلى نص إلى ثالث حتى صار تعقبه أمرًا عسيرًا شاقًّا، مع أنَّ التقنين عُمِلَ أصلا للتيسير والتسهيل»[٢].

وينبغي كذلك عند صياغة التقنين مراعاة مجموعة من الضوابط، يمكن إجمالها فيما يلي:

- تجنُّب الصياغات الفقهية والتعميمات المجردة إلا لمقتضى.
- تجنُّب ذكر أسباب اختيار الحكم، أو إيراد الدليل على صحته، أو إيراد أمثلة تطبيقية عليه لتوضيحه، فكل ذلك من مهمة الفقه، وليس التشريع، ومجاله الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية.
- تجنُّب التصريح بتبني المشرع لمذهب بعينه في المسألة، كالمذهب الشخصي أو المذهب المادي، أو مذهب الإرادة الباطنة أو الظاهرة في العقد، بل يترك ذلك للفقه يستخلصه من مجموع النصوص.
- ترْك الخوض في التفصيلات والجزئيات، والاقتصار على وضع القواعد العامة؛ حتى يكون التقنين من المرونة بحيث يستطيع القضاء والفقه من خلاله مسايرة المعاملات المتغيرة.
- البُعد عن القواعدِ الجامدة ما أمكن؛ حتى يترك للقاضي المجال عند التطبيق لوضع الحلول المناسبة لظروف كل واقعة، ولا يحبس القانون في نصوص جامدة.
- تجنُّب التناقض في الأحكام.
- تجنُّب التكرار إلا لضرورة أو فائدة، كما إذا قرر المشرع قاعدة عامة، ثم أورد تطبيقًا لها في حالة خاصة؛ لأنَّ هذه الحالة تحتمل الاختلاف في تطبيق القاعدة عليها، فيحسم المشرع الخلاف بإيراد تطبيق تشريعي يمنع الخلاف.

(١) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٩٤، ٩٥).

(٢) تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٩٥).

- استعمال العبارة المناسبة للحكم، فأسلوب الأمر والنهي يجب أن يكون جازمًا قاطعًا، بخلاف أسلوب الإباحة مثلًا فيكون مرنًا، وهذا معروفٌ من علم أصول الفقه.
- ينبغي للمشرع حال إيراد القرائن القانونية والفروض ونحوها أن يستعمل الأسلوب الذي يساعد على حل المسائل المعقدة، ويعطي أحكام القانون حظها من الثبات والاستقرار.
- استخدام لغة واضحة ودقيقة.
- يجب أن يكون للتشريع لغته الفنية الخاصَّة به، بحيث يكون كلُّ لفظٍ فيها موزونًا محدد المعنى.
- يراعى عدم استخدام اللفظ لأكثر من معنى واحد في التقنين كله، فلا يتغير معناه من موضع إلى موضع آخر.
- البعد عن استخدام لغة صعبة أو غير مطروقة يعسر فهمها على جمهور الناس.
- ضرورة مراعاة استعمال مصطلحات الفقه الإسلامي حسب معانيها في الفقه الإسلامي، وليس في القانون؛ لأننا بصدد تقنين الفقه الإسلامي، فتستعمل مصطلحاته هو، ومعلوم أن المصطلحات تختلف من علم إلى آخر، بل قد تختلف من مذهب فقهي إلى آخر، ولا بد من التنبُّه لذلك[١].

(١) انظر: تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٩١- ٩٦).

المبحث العاشر

التقنين المصري ومدى موافقته للشريعة الإسلامية

منذ الفتح الإسلامي لمصر في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه على يد عمرو بن العاص رضي الله عنه سنة ٢٠هـ/ ٦٤١م دخل المصريون في دين الله أفواجًا، وسادت فيهم أحكام الإسلام وشريعته، مع احترام خصوصيات غير المسلمين في الاحتكام إلى شرائعهم؛ إذ لا إكراه في الدين.

ومنذ ذلك الوقت تولَّى القضاءَ والفصلَ في الخصومات فيها فقهاءُ الإسلام وقضاتُه، وكان منصب القاضي معروفًا في ذلك الوقت، بل من عهد النبي صلى الله عليه وسلم، حينما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضيًا، وقال له: **((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا آلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم صَدْرَهُ وَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ))**[١].

كذلك ولَّى صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد أمْرَ مكةَ وقضاءها بعد فتحها، ولم يزل متوليًا ذلك في خلافة أبي بكر الصديق حتى مات يوم أن علم وفاة الخليفة[٢].

وكان النبي صلى الله عليه وسلم يعين لقضاته أجرًا يناسب عصرهم ويوازي حاجتهم، فعن عتاب بن أسيد أنه قال: «لقد رزقني رسول الله صلى الله عليه وسلم كل يوم درهمين، فلا أشبع الله بطنًا لا يشبعه كل يوم درهمان»[٣].

واشتهر بعض القضاة في ذلك الوقت المبكر من عمر دولة الإسلام، كالقاضي شريح بن الحارث الكندي (المتوفى سنة ٧٨هـ) الذي ولاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضاء الكوفة.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وأحمد، وسبق تخريجه.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٣٤)، وراجع: أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير ص(٨١٢) ط. دار ابن حزم- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م، وتاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام للذهبي (١/ ٤١٢، ٤١٣) بتحقيق الدكتور/ بشار عواد معروف، ط. دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

(٣) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٣٤)، وقول عتاب هذا ذكره ابن الأثير في أسد الغابة في معرفة الصحابة ص(٨١٢)، والذهبي في تاريخ الإسلام (١/ ٤١٣).

وكان القاضي يقضي في بادئ الأمر من بيته أو في المسجد، دون أن يكون له مكان محدد، ومع التطور اتُّخِذَتْ دُورٌ لتكون مقرًّا للقضاء ونظر الدعاوى وحضور المتخاصمين وسماع الشهود، ثم عُرِفَ بعد ذلك (منذ عهد الدولة العباسية الأولى) منصب «قاضي القضاة» الذي كانت له سلطة تعيين القضاة في أرجاء الدولة.

ووُجِدَتْ كذلك وظيفة «قاضي العسكر» الذي كان يختصُّ بقضايا الجند، و«المحتسب» الذي يراقب الأسواق والطرق ونحوها.

وكان كل قاضٍ يحكم بمذهبه الفقهي حنفيًّا أو مالكيًّا أو شافعيًّا أو حنبليًّا[١]، مع سيادة بعض المذاهب في بعض الفترات، كالمذهب الحنفي أيام الدولة العباسية، والمذهب المالكي الذي انتشر على أيدي تلاميذ مالك وخاصة في الصعيد، والمذهب الشافعي في الوجه البحري، وخاصَّة في عهد الدولتين الأيوبية والمملوكية[٢].

لكنَّ الغالبَ كان اجتماع المذاهب الفقهية الأربعة في مصر، وتعيين قضاة لكل مذهب يحكمون به.

وبعد انتهاء دولة المماليك ودخول مصر في تبعية الدولة العثمانية سنة ١٥١٧م أنشأ العثمانيون فيها «المحاكم الشرعية»، وأقاموا فيها القضاة، وخاصة من المذهب الحنفي الذي اتخذته الدولة العثمانية مذهبًا لها.

وظلَّ الأمر هكذا حتى مجيء الحملة الفرنسية على مصر سنة ١٧٩٨م، والتي استمرَّت حتى سنة ١٨٠١م، وقد حاولت أن تنجِّي القضاء الشرعي، لكنها فشلت في ذلك.

وعمل الجنرال (مينو) على إنشاء محكمة لكل طائفة تختصُّ بها، مع حق أبناء الطائفة في عرض القضايا على المحاكم الشرعية إن رغبوا في ذلك.

ولما تولَّى الحكم محمد علي باشا في الفترة (١٨٠٥- ١٨٤٨م) واتجه إلى بناء مصر الحديثة، ظلت المحاكم الشرعية كما هي، وتم التوسُّع فيها وامتدت اختصاصاتها وزاد عددها وتنوعت حسب درجات التقاضي. وأنشأ محمد علي «جمعية الحقانية» سنة ١٨٤٠م التي تختصُّ بمحاكمة كبار الموظفين، ثم أنشأ محكمة تجارية تعرف باسم «مجلس التجارة» تختصُّ بالفصل في المنازعات التجارية التي تنشأ بين الأهالي بعضهم مع بعض، أو بينهم وبين الأجانب، ولهذا دخل في تشكيلها ممثلون من الأجانب.

(١) وإن كان دخول المذهب الحنبلي إلى مصر كان متأخرًا عن بقية المذاهب، فلم يدخلها إلا في القرن السادس الهجري، وكان الحنابلة فيها أقل من غيرهم من أتباع المذاهب الثلاثة المتقدمة، مع انصراف كثير منهم عن القضاء. انظر: جغرافية المذاهب الفقهية للدكتور/ هشام يسري العربي ص(٥١، وما بعدها).

(٢) يُراجع في انتشار المذاهب الفقهية: جغرافية المذاهب الفقهية للدكتور/ هشام يسري العربي في مواضع متفرقة منه.

وتحولت «جمعية الحقانية» في عهد ابنه محمد سعيد باشا ليصير اسمها «مجلس الأحكام»، فلما تولى الخديوي إسماعيل باشا أنشأ مجالس في الأقاليم، ثم ديوان الحقانية (وزارة العدل حاليًّا) سنة ١٨٦٣م، ثم المجالس الحسبية سنة ١٨٧٣م، وبدأ منذ ذلك الوقت ما عرف بحركة الإصلاح القضائي، فأنشأ المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥م التي سُميت بمحاكم الإصلاح، والتي تختصُّ بالفصل في المنازعات المدنية بين المصريين والأجانب، وبين الأجانب الذين ليسوا من جنسية واحدة؛ حيث كانت المعاهدات الدولية بين مصر والدول الأوربية تمنعُ أن يحاكم رعايا تلك الدول إلى المحاكم المصرية (الشرعية).

ومع نشأة المحاكم المختلطة كان لا بد من وضْع تقنينات لها، فكانت أول التقنينات المصرية هي التقنينات المختلطة سنة ١٨٧٥م؛ إذ التقنين في مصر جاء تابعًا لحركة إنشاء المحاكم، فكلما أنشئ نوع نظامي من المحاكم تبع ذلك وضع التقنينات التي سيطبقها[١].

وتم الاتفاق على أخذ تقنينات المحاكم المختلطة من التقنينات الفرنسية[٢]؛ إذ إنها كانت في ذلك الوقت أقرب تناولًا وأبعدَ شهرةً وأقربَ إلى التطبيق على الجاليات الأجنبية في مصر من سائر التقنينات، فكلَّف نوبار باشا (رئيس الوزراء في ذلك الوقت، وهو أول رئيس لوزراء مصر) أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر، وهو الأستاذ مونوري (Monori) وكان سكرتيرًا له وسكرتيرًا للجان الدولية التي انعقدت في القاهرة لتحضير لائحة المحاكم المختلطة -بوضْع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية، فوضع التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين البحري وتقنين المرافعات والتقنين الجنائي وتقنين الإجراءات الجنائية، وأخذها كلها عن التقنينات الفرنسية، مع إيجاز يصل في بعض الأحيان إلى حد الاقتضاب. وقد أخذ في بعض المسائل بأحكام الشريعة الإسلامية، كما في الشفعة وفي بيع المريض مرض الموت، وفي بعض مسائل البيع والإيجار.

وظلَّت تلك التقنينات مطبقةً وإن أدخلت عليها بعض التعديلات حتى أُلغيت بإلغاء المحاكم المختلطة في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩م[٣].

---

(١) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون للدكتور/ عبد الرزاق السنهوري باشا، والدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت ص(٢٠٠، ٢٠١).

(٢) يرجع تاريخ التقنينات الفرنسية إلى القرن الخامس عشر الميلادي في عهد الملك شارل السابع، واستمرَّت في عهد الملك لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر، وصدرت عدة قوانين في القرن السابع عشر والثامن عشر، حتى كانت الثورة الفرنسية التي استمرت منذ سنة ١٧٨٩ حتى ١٧٩٩ فأراد نابليون جمع القانون وصدر قانون نابليون سنة ١٨٠٤م. وكان التقنين الفرنسي الحديث أول تقنين عرفته أوربا والعالم في العصر الحديث، ثم تلاه التقنين النمساوي سنة ١٨١١م، والإيطالي سنة ١٨٦٥م، وبقية التقنينات. أما ما سبق ذلك من القانون الروماني والقانون الإنجليزي فلم يكن تقنينًا بالمعنى الدقيق للكلمة. راجع: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٩٦- ٢٠٠).

(٣) أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(٢٠١).

وفي سنة ١٨٨٣م أُنشئت المحاكم الأهلية التي تختصُّ بنظر المنازعات بين المصريين على غرار المحاكم المختلطة ليتحاكم المصريون بعضهم مع بعض بمثل ما يتحاكمون مع الأجانب في المحاكم المختلطة.

وشُكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية، ووضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة نقلًا يكاد يكون حرفيًّا، ووضع التقنين الجنائي، وتقنين الإجراءات الجنائية، والتقنين المدني، وتقنين المرافعات، والتقنين التجاري، والتقنين البحري سنة ١٨٨٣م، وافتتحت المحاكم الأهلية في يناير سنة ١٨٨٤م[١].

ويُذكَر أن نوبار باشا عرض تلك التقنينات على الشيخ مخلوف المنياوي[٢] ولجنة من علماء الأزهر الشريف تضم فقهاء من المذاهب الأربعة، وجاء في تقرير اللجنة أن هذه القوانين لا تخالف الشريعة الإسلامية؛ حيث لا تخرج عن آراء الفقهاء في مجموعها حتى وإن كانت مرجوحة، أو أنها تندرج تحت أصل المصالح المرسلة[٣].

وأصل المصالح المرسلة أصلٌ عظيمٌ يستوعب كل جديد مما يحقق مصلحة معتبرة للناس، فكل ما وافق مقاصد الشريعة وضرورياتها الخمس من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل (أو العرض) والمال فهو من الشريعة، ولذلك فإنَّ كل القوانين التي تتغيا ذلك وتهدف لتحقيق مصلحة معتبرة موافقة للشريعة[٤].

وبقيت المحاكم الأهلية قائمةً حتى استُبدِل بها قانون نظام القضاء رقم (١٤٧ لسنة ١٩٤٩م)، كما ظلت هذه التقنينات معمولًا بها حتى صدور القانون المدني الجديد رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨) ودخوله حيز التنفيذ سنة ١٩٤٩م[٥].

كما تم **إعادة تنظيم المحاكم الشرعية**، وصدرت عدَّةُ لوائحَ لترتيب المحاكم الشرعية بدءًا من سنة ١٨٨٠ في عهد الخديوي توفيق، ثم في سنة ١٨٩٧م، و١٩٠٩م، و١٩١٠م.

(١) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(٢٠٢، ٢٠٣).

(٢) الشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي، ولد سنة ١٢٣٥هـ، وتوفي سنة ١٢٩٥هـ/ ١٨٧٨م، وهو ممن اهتم بقضية تقنين الشريعة، وشغل منصب القضاء في صعيد مصر، وعهد إليه الخديوي إسماعيل ببحث العلاقة بين القوانين الغربية وأحكام الفقه الإسلامي. من أهم كتبه: «المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك» طبع بتحقيق أ.د/ محمد سراج، وأ.د/ علي جمعة في دار السلام بالقاهرة.

(٣) انظر: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر للدكتور/ علي حسين نجيده ص(٣٤) ط. دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٠م، والدليل المرجعي لمواجهة التطرف «مدخل عام في فهم التطرف وإستراتيجيات مواجهته» للأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم ص(٨٣٦) ط. دار الإفتاء المصرية بالقاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.

(٤) انظر: الدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٨٢٦).

(٥) أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(٢٠٢، ٢٠٣).

وكان الإمام محمد عبده متحمسًا لإصلاح الأزهر ومناهجه وإصلاح المحاكم الشرعية فاقترح -وهو وقتئذ مفتي الديار المصرية- على الخديوي عباس حلمي إنشاء مدرسة القضاء الشرعي لتخريج القضاة والمفتين، وذلك سنة ١٨٩٩م، لكنها لم تؤسس إلا سنة ١٩٠٧م بعد وفاة الإمام محمد عبده، وبدعم من سعد باشا زغلول، وكان لها إسهام واضح وأثر كبير في الحياة التشريعية والفقهية في مصر، وتخرَّج فيها أعلام كبار من رواد الدراسات الفقهية المعاصرة، حتى تم إلغاؤها سنة ١٩٣٠م بعد صدور قانون إصلاح الأزهر.

وفي مجال التقنين صدر العديد من التقنينات، وخاصة في الأحوال الشخصية، فصدر بشأنها القانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٠م) بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية كالتطليق والعدة والمفقود، والقانون رقم (٥٦ لسنة ١٩٢٣م) بشأن وضع حد أدنى لسن الزواج، ثم صدر المرسوم بقانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩م) بخصوص بعض أحكام الأحوال الشخصية، ثم المرسوم بقانون رقم (٧٨ لسنة ١٩٣١م) المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، ثم قانون المواريث رقم (٧٧ لسنة ١٩٤٣م)، وقانون رقم (٤٨ لسنة ١٩٤٦م) ببعض أحكام الوقف، وقانون الوصية رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م)، والمرسوم بقانون رقم (١١٨ لسنة ١٩٥٢م) بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس، والمرسوم بقانون رقم (١١٩ لسنة ١٩٥٢م) بأحكام الولاية على المال، ثم القانون رقم (٤٤ لسنة ١٩٧٩م) بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، ثم القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٨٥م) بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، ثم القانون رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م) بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والمتضمن لقضية الخلع، والقرارات المكملة لها[١].

أما المحاكم الشرعية فكان آخر تعديل للائحة ترتيبها سنة ١٩٣١م بالقانون رقم (٧٨ لسنة ١٩٣١)، حتى تم إلغاء المحاكم الشرعية كلها بالقانون رقم (٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م) الذي ألغى المحاكم الشرعية والمِلِّية وأحال الدعاوى المنظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية.

ويقرر السنهوري باشا والدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت أنه من عهد محمد علي باشا إلى عهد الخديوي إسماعيل بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر؛ حيث بدأ محمد علي بقانون التجارة وببعض قواعد القانون الجنائي، وبقي نفوذ القانون الفرنسي يزداد، ونفوذ الشريعة الإسلامية يتقلص إلى عهد الخديوي إسماعيل[٢].

(١) راجع: المدخل للفقه الإسلامي ص(١١١- ١١٥)، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ الحسيني حنفي ص(١٣٤- ١٣٨)، ودراسات في الأحوال الشخصية ص(٨، ١١).

(٢) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٠٥، ١٠٦).

يقولا: «وفي عهد إسماعيل وصل نفوذ القانون الفرنسي إلى قمته عندما أُنشئت المحاكم المختلطة سنة (١٨٧٦)، ثم المحاكم الأهلية سنة (١٨٨٣) ففي ذلك العهد حل القانون الفرنسي فيما عدا الأحوال الشخصية محل الشريعة الإسلامية، وأصدرت الحكومة المصرية التقنينات الحالية: القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات، وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضبة، وبقي للشريعة الإسلامية دائرة الأحوال الشخصية... وفي خارج دائرة الأحوال الشخصية تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرًا لبعض مسائل القانون المدني المتعلقة بالمال، ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الإسلامية... ومنها ما ورد فيه تشريع مصري مأخوذ من الشريعة الإسلامية؛ فتكون الشريعة الإسلامية مصدرها التاريخي»[١].

قالا: «وهناك قليل من الأحكام الجنائية مُستمدَّة من الشريعة الإسلامية»[٢].

وهذا الذي ذكراه لا بد أن نقرأه في سياقه التاريخي؛ حيث كانت الضغوط الخارجية على مصر من كلٍّ من إنجلترا وفرنسا منذ حاول محمد علي باشا الاستقلال وبناء مصر الحديثة، والتي انتهت بالاحتلال الإنجليزي لمصر سنة ١٨٨٢م، الذي امتد لأكثر من سبعين سنة، ظلَّت مصر تكافح خلالها من أجل الاستقلال بكل صوره السياسي والاجتماعي والاقتصادي والتشريعي.

يقول الدكتور/ علي حسين نجيده بعدما ذكر عرْض تقنينات المحاكم الأهلية على لجنة من علماء الأزهر الشريف: «وهذا ما يشيرُ إلى أنَّ المشرع لم تكن متجهةً إلى إهدار الشريعة الإسلامية، وإنما قصدت مجرد التنظيم والتيسير على القضاء والقضاة والمتقاضين بإيجاد أحكام مبوَّبة في مختلف القوانين»[٣].

قال: «وهذا عين ما دفع مجلس الدولة إلى أن يحتكم إلى الأعمال التحضيرية لدستور ١٩٢٣ الذي يستشف منها هذه النية، وانتهى المجلس إلى أنه إذا وجد في القوانين الوضعية أو في الدستور نص يصادم حكمًا أصليًّا من أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر النص الوضعي باطلًا»[٤].

(١) أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٠٦).

(٢) أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٠٦).

(٣) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٣٥).

(٤) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٣٥).

وقد أدرك الفقهاء ورجال القضاء وأهل العلم أن تلك التقنينات المختلطة والأهلية بحاجة إلى تعديل كثير من أحكامها، وذلك بسبب الظروف التي وضعت فيها، والمصادر التي استُمدت منها[١].

وقد بدأت الجهود في هذه السبيل منذ سنة ١٩٣٦ عندما شكلت أول لجنة برئاسة المرحوم مراد سيد أحمد باشا، ثم حَلَّت محلَّها في السنة ذاتها لجنة ثانية برئاسة المرحوم كامل صدقي باشا، ثم أسندت إلى الأستاذين عبد الرزاق السنهوري باشا والمسيو لامبير سنة ١٩٣٨، وتم إعداد المشروع سنة ١٩٤٢ وعُرِضَ للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات، وفي مارس سنة ١٩٤٥ شُكِّلت لجنة أخرى برئاسة السنهوري باشا وعضوية أربعة من كبار رجال القانون لمراجعة القانون في ضوء ما قُدِّم عنه من الملاحظات والآراء لوزارة العدل، وأنجزت اللجنة مهمتها في نوفمبر سنة ١٩٤٥، وعرض المشروع على مجلسَي التشريع، وصدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره بالقانون رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨) ونشر بالجريدة الرسمية في ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨، على أن يكون بدء العمل به اعتبارًا من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وهو اليوم الذي بدأ فيه القضاء الوطني يبسط ولايته على سكان البلاد أجمعين[٢].

وهذا القانون يمثل تحولًا مهمًّا؛ حيث نص القانون على الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ فقد جاء في مادته الأولى في الفقرة الثانية: «فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

وهو تجديد خطير -كما يرى السنهوري باشا وأبو ستيت- حيث جعل الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية للقانون المصري[٣].

وفي هذا يقول الدكتور/ علي حسين نجيده: «إلا أن المشرع المصري منذ أن صار أمره بيده بعد إلغاء الامتيازات الأجنبية عام ١٩٣٧ وانتهاء الفترة الانتقالية عام ١٩٤٩ لم يترك فرصة أو مناسبة إلا وانتقل بمبادئ الشريعة الإسلامية من موقع إلى موقع أكثر تقدمًا، ومن مرتبة إلى مرتبة تعلوها، حتى وصل إلى قمة القمم في السلم التشريعي بتضمينها دستور الدولة»[٤].

---

(١) أفاض الدكتور/ السنهوري باشا في بيان كيف وضعت التقنينات المصرية الأولى المختلطة والأهلية، والتقنين المدني على وجه الخصوص وما به من عيوب في بحث له بعنوان «وجوب تنقيح القانون المدني المصري وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح» بمناسبة العيد الخمسيني للمحاكم الأهلية، ونشر بمجلة «القانون والاقتصاد» التي يصدرها أساتذة كلية الحقوق، السنة السادسة- العدد الأول سنة ١٩٣٦م. يراجع ص(١٤- ٢١).

(٢) أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(٢٠٤، ٢٠٥).

(٣) انظر: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ص(١٠٧).

(٤) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٣٥).

وهو هنا يشير إلى دستور سنة ١٩٧١م، الذي نص في مادته الثانية على أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع»[١].

يقول الدكتور/ نجيده: «وبذلك أفصح المشرع المصري عن قصده في أن يرتقيَ بمبادئ الشريعة الإسلامية مرتقى المبادئ الدستورية»[٢].

وقد تم تعديل صياغة الجملة الأخيرة في تعديلات الدستور سنة ١٩٨٠م في عهد الرئيس الراحل محمد أنور السادات؛ حيث أصبحت: «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، **ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع**»[٣].

وتتابعت الدساتير المصرية على ذلك، وآخرها دستور سنة ٢٠١٤م وتعديلاته سنة ٢٠١٩م[٤].

ولا يخفى الفرق بين الصياغتين.

وقد نقل الدكتور/ علي نجيده ما أفصحت عنه اللجنةُ الخاصةُ بالإعداد لتعديل الدستور سنة ١٩٨٠ في تقريرها المقدم لمجلس الشعب (النواب حاليًّا) بخصوص مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية من أنها: «تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها، مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكمًا صريحًا فإنَّ وسائلَ استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكِّن المشرع من التوصُّل إلى الأحكام اللازمة التي لا تخالفُ الأصولَ والمبادئَ العامَّة في الشريعة»[٥].

والقانون المدني -كما يقول الدكتور/ السنهوري- هو الذي ينظم علاقاتِ الأفراد بعضها ببعض، سواء داخل الأسرة، وهي الأحوال الشخصية، أو خارجها فيما يتعلق بالمال، وهي قسم المعاملات[٦].

يقول: «فالمشرع المصري لم يحصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع، وإنما أحال القاضي عند انعدام النص التشريعي والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في الموضوع المطروح أمامه إلى مبادئ القانون الطبيعي باعتبارها الموجهات العامة للعدل، وإلى قواعد العدالة التي تتحقق بالاعتداد

(١) دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١م والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٣٦ مكرر «أ») الصادر بتاريخ ١٢ سبتمبر ١٩٧١م: مادة (٢).

(٢) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٣٨).

(٣) تعديل دستور جمهورية مصر العربية، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٦) في ٢٦ يونيه ١٩٨٠: مادة رقم (٢).

(٤) انظر: دستور جمهورية مصر العربية المعدل، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (٣ مكرر «أ») في ١٨ يناير ٢٠١٤م، ودستور جمهورية مصر العربية المعدل لسنة ٢٠١٩م، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد (١٦ مكرر «و») بتاريخ ٢٣ أبريل ٢٠١٩م: مادة رقم (٢).

(٥) مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٤٢، ٤٣).

(٦) الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ص(١٠٣) ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.

بالظروف والملابسات الخاصة بالقضايا المطروحة أمامه. فالمصدر الرسمي للقانون هو التشريع والعرف والدين.

والشريعة الإسلامية وإن كانت بمفردها هي المصدر الرسمي للميراث والوصية والوقف، وكذا بالنسبة لما يعرض على دوائر الأحوال الشخصية للمسلمين فيما يتعلّق بمسائلِ النكاح والفرقة وما يتبع ذلك، فإنها فوق ما ذكر أصبحت من المصادر الرسمية بالنسبة لغير هذه الأمور.

وعلى هذا فالشريعةُ الإسلاميةُ وإن كانت هي المصدر الأصلي الرسمي لمسائل الأحوال الشخصية وما يلحق بها، فإنها جعلت مصدرًا احتياطيًّا في غير ذلك من المسائل، ويرجع إليها القاضي لاستنباط أحكامه في هذه الأمور، ويكمل بها ما يقوم بالمصدر الأصلي الرسمي وهو التشريع وما يقوم بالمصدر الاحتياطي الأول وهو العرف من نقص أو قصور»[١].

والأخذ بالعرف هو أخْذٌ بأحد الأدلَّة الشرعية كذلك، ما دام لا يخالف نصًّا من نصوص الشريعة أو أحد مبادئها العامة وقواعدها الكلية.

وقد أطال الدكتور/ السنهوري في ذكر ما استقاه القانونُ المدني قديمُه وجديدُه من الفقه الإسلامي، مبينًا كيفيةَ تفسير النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية، وكيفية استنباط الأحكام منها، وأنه يرجع في تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين هما: القضاء المصري، وهو غنيٌّ بالمبادئ والأحكام، والفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة[٢].

لافتًا إلى أنَّ الرجوع للفقه الإسلامي يُراعَى فيه عدمُ التقيُّد بمذهبٍ معين، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوعُ إليها والأخذ منها، ولا محل للوقوف عند أرجحِ الأقوال في مذهب أبي حنيفة، بل ولا تتقيد بالمذهب الحنفي في جملته، ولا المذاهب الفقهية الأربعة، بل يؤخذ من المذاهب الأخرى كذلك، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية.

بالإضافة إلى مراعاة التنسيق ما بين الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته؛ حيث لا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ؛ حتى لا يفقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه، والتوسع في الأخذ بجميع مذاهب الفقه الإسلامي دون تمييز بين مذهب ومذهب يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسورًا[٣].

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص(٣٨٤).

(٢) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ص(٤٤- ٤٩).

(٣) راجع: الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ص(٤٩، ٥٠).

ويقول المستشار/ علي علي منصور (وكيل مجلس الدولة الأسبق ورئيس محكمة الاستئناف الأسبق بالقاهرة): «وليس بصحيح إذًا في رأينا ما يذهب إليه فقهاءُ القوانين الوضعية في مصر من أنَّ الدين الإسلامي لم يعد مصدرًا رسميًّا للقوانين المصرية إلا في مسائلِ الأحوال الشخصية للمسلمين، واعتمادهم فيما يقولون به على نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري التي تجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا احتياطيًّا في المرتبة الثانية بعد العرف -ليس بحجة لهم على ما يقولون؛ إذ لا تعارض بين نص هذه المادة وبين ما نقول؛ إذ المفروض وفقًا لما ذكرنا أن سيادة الدين الإسلامي والشريعة الإسلامية وولايتهما العامة القانونية في مصر منذ أربعة عشر قرنًا، تلك السيادة التي تردد الاعتراف بها في جميع الدساتير المصرية تحتم أن تكون التشريعاتُ الوضعية مستقاةً أحكامُها من الشريعة الإسلامية، فإذا أغفل القانون المدني الحالي مثلًا حكمًا ما ولم يجد القاضي المصري فيه نصًّا يواجه به النزاع المعروض عليه، فعليه أن يرجعَ إلى العرف يستلهمه الحل، فإن لم يجد فعليه أن يرجعَ إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها دون التقيُّد بمذهب معين، يستلهمها ما يحكم به.

صحيح أنه كان يحسن أن تتقدم الشريعةُ العرفَ في الفقرة ٢ من المادة ١ مدني، ولكن رغم عدم تقدمها فالعرف في بلادنا هو وليد العادات والتقاليد التي تكونت في ظلال الشريعة والإسلام طوال أربعة عشر قرنًا من الزمان، وليس فيه ما يناقض قاعدة كلية من قواعد الشريعة»[(١)].

ولا زالت التقنينات المصرية تخضعُ للتعديلات بين الحين والآخر بحسب ما يتجدَّد للناس من حاجات، وما يطرأ على أحوالهم وأعرافهم وعاداتهم وثقافاتهم من مُستجدَّات تستوجب مواكبتها ومراعاتها في التشريع، ويثور النقاشُ ويتجدَّد حول ما يكون من مقترحات للتعديل، وهذا كلُّه ظاهرة إيجابية تثري الحياة العلمية والفقهية.

ولا شكَّ أن النصَّ في مطلع الدستور على أنَّ مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ليس ترفًا تشريعيًّا، بل هو تعبيرٌ عن عقل الأمة وضميرِها في مرحلة راقية من تطورها، وله غاية واضحة تتمثل في التزام السلطة التشريعية بمبادئ الشريعة فيما تسنه من تشريعات، كما أنه يلقي بالمسؤولية عليها ليس فقط فيما يتعلق بما هو مطبق فعلًا من تشريعات قد تجافي مبادئ الشريعة من قريب أو بعيد، وإنما لما يستجدُّ من ذلك أيضًا[(٢)].

وقد أوضح مفتي الجمهورية الدكتور/ شوقي علام في لقاء تليفزيوني له ببرنامج «حوار المفتي» بتاريخ

(١) مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ص(٢٣٣، ٢٣٤) ط. دار الفتح- بيروت، والسيد محمد الرماح بليبيا، الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ/ ١٩٧٠م.

(٢) انظر: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر ص(٦١).

الجمعة ٢٤ مارس ٢٠١٧م على قناة «ON live» أن القوانين الوضعية في مصر في مجملها لا تختلف عن مُقرَّرات الشريعة الإسلامية، وأن هناك رقابةً من المحكمة الدستورية العليا على أن تكون القوانين متوافقة مع الشريعة الإسلامية وفقًا للمادة الثانية من الدستور التي نصت على أن: «مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع»، وهي ضمانةٌ كبيرةٌ للقوانين الوضعية التي تصدر عن السلطة التشريعية في مصر؛ حيث يجب أن تلتزم بالشريعة وإلا قضت المحكمة الدستورية ببطلان القانون.

وأكَّد مفتي الجمهورية أنَّ التجربة المصرية في وضع القوانين ومدى موافقتها للشريعة، وخاصة قانون الأحوال الشخصية، هي تجربةٌ رائدةٌ وفريدةٌ راعت خصوصياتِ المصريين كل بحسب دينه، وحافظت في الوقت نفسه على مقررات الشريعة؛ لأنَّ حفْظَ الخصوصيات مطلوب شرعًا.

وقانون الأحوال الشخصية مُستقًى كلُّه في الأساس من المذهب الحنفي، ومع تطوُّر المجتمع وتشعُّب مشكلات الناس احتاج المشرع أن يأخذَ من بقية المذاهب الفقهية، فأخذ أشياءَ من المذهب المالكي، ومن المذهب الشافعي، كما أخذ من المذهب الحنبلي، وأخذ بعض الأحكام من آراء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، كما في مسألة عدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

كما أكَّد فضيلته أنَّ المشرع المصري يراعي دائمًا تطوُّر المجتمع بتعديل القوانين التي تحل كثيرًا من المشكلات، مثل قانون الوصية الواجبة، وقانون الخلع.

وفيما يتعلَّق بالقانون الجنائي أشار فضيلةُ المفتي إلى أنَّ قانونَ العقوبات في مجمله ليس مخالفًا للشريعة؛ حيث يتنوَّع ما بين القصاص والعقوبات التعزيرية، إضافةً إلى حد الحرابة والإفساد في الأرض.

والعقوبات التعزيرية تعطي للمشرع والقاضي فرصةً لتطبيق ما يراه ملائمًا في الحالة المعروضة عليه، بحسب ظروفها وملابساتها وحال الجاني، وهو ما يعرف بنظرية تفريد العقوبة.

كما أنَّ هناك جرائمَ مستحدثةً غيرَ موجودةٍ في الفقه الإسلامي، مثل الجرائم الاقتصادية وهي متغيرة وفقًا للحالة الاقتصادية، وكل ذلك يدخلُ في نطاق العقوبات التعزيرية، وهي باب واسع يقصد به ردع الجناة وزجر غيرهم عن اقتراف أية جرائم أو مخالفات.

أما عن العقوبات الحدِّية فبيَّن فضيلة المفتي أنَّ طبيعة الحدود في الشريعة الإسلامية تقتضي نفي الشبهات عنها تمامًا، وأنَّ الشبهاتِ تكتنفُ الحدودَ بصورةٍ كبيرةٍ، ونحن في زمان لا نطمئنُّ فيه إلى أن يتم نفي جميع الشبهات؛ لأنها أصبحت محيطةً بكل القضايا، ومن الصعب الاطمئنانُ لشهادة

الشهود في الكثير من القضايا؛ ولذلك ننتقل إلى العقوبات التعزيرية.

وأضاف أنَّ الشريعة الإسلامية تقصد إلى الستر ودرء الحدود بالشبهات، والقاضي يجب أن يتحرى تمام التحري قبل إنزال العقوبة.

وأضاف مفتي الجمهورية أنَّ الإفتاء هو أحدُ روافد تطبيق النص الشريف على أرض الواقع من خلال تنزيلِ النصوص الشرعية على الواقع، بعد دراسة الواقعة وفهم دلالات النصوص، والمواءمة بين كل ذلك حسب الشروط والضوابط المعتبرة[١].

وهذا الذي ذكره مفتي الجمهورية الدكتور/ شوقي علام بشأن العقوبات الحدّية ذكره من قبل مفتي الجمهورية السابق الدكتور/ علي جمعة. قال: «إنَّ المناقشاتِ التي حدثت في أواخر القرن التاسع عشر حول القانون الجنائي، وأنه يخلو من مسألة إقامة الحدود، أُثيرت فيها قضية مفهوم عصر الشبهة، وهو أننا نمتثل إلى الشريعة حينما نسكت عن قضية الحدود من غير إنكار، بل نقر أنَّ الله سبحانه وتعالى جعل حدودًا بإزاء تلك الجرائم الحدية: كالسرقة والزنا والقتل ونحوها، إلا أن هذه الجرائم تندرج تحت قاعدة عامة شرعية، وهي قوله صلى الله عليه وسلم: ((**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ**))[٢]، ويؤخذ منه القاعدة المشهورة: «الحدود تدرأ بالشبهات»[٣].

وأنَّ عصرنا الذي نعيش فيه مع اتساعه، وتغير ذمم الناس، وفقد شروط الشهادة الواردة في كتب الفقهاء صار عصر شبهة، مما يناسبُه السكوت عن الحدود في القوانين، وهذا يماثلُ ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب عندما أوقف الحدود في عام الرمادة، ولم يكن ذلك إنكارًا منه لأحقية الحد ولا تعطيلًا للشريعة، وإنما كان إشارةً لتطبيق الشريعة بشروطها، ومن شروط الشريعة أن تتوافر حالة معينة إذا ما فقدت لا يطبق الحد، وهذا من عين الشريعة وليس من غيرها»[٤].

(١) نشر هذا الحوار كذلك في الموقع الإلكتروني لجريدة الوطن بتاريخ ٢٤/ ٣/ ٢٠١٧م على الرابط:

https://www.elwatannews.com/news/details/1957390

تاريخ المطالعة ١٢/ ١٠/ ٢٠٢١م.

(٢) رواه الترمذي في الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، رقم (١٤٢٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٣٨) من حديث عائشة رضي الله عنها، ورواه ابن ماجه في الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، رقم (٢٥٤٥) من حديث أبي هريرة بلفظ: ((ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا))، وضعفه بعض المحدثين، وبعضهم صححه موقوفًا. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر (٤/ ١٠٤، ١٠٥). قال الصنعاني في سبل السلام (٢/ ٤٢٢) ط. دار الحديث بالقاهرة، بدون تاريخ: «إلا أن المصنف -يعني ابن حجر- ساق في التلخيص عدة روايات موقوفة صحح بعضها، وهي تعاضد المرفوع، وتدلُّ على أن له أصلا في الجملة». وذكر الشوكاني نفس المعنى في نيل الأوطار (٧/ ١٢٤، ١٢٥) ط. دار الحديث بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص(١٢٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر (١/ ٣٧٩).

(٤) الدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٨٣٧)، وراجع أيضًا: ص(٨٢٦).

ثم ذكر أنَّ هناك تجاربَ أخرى خارجَ مصر تتمثل في ذكر تلك الحدود في القوانين مع إيقافها بما أسموه الظرف الدولي، وهو معنًى قريبٌ من وصف العصر بالشبهة، قال: «لكن وصف العصر بالشبهة في رأيي أدق»[١].

ولعل مما يشهد لذلك ما قاله الأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله في سياق حديثه عن عقوبة الرجم، قال: «لكن يُلحظ أن هذه العقوبة -وهي من أقسى العقوبات على الإطلاق على جريمة من أعظم الجرائم زعزعة لكيان الأسرة الإسلامية- قد حُفَّت بشرائط في الإثبات من أبعد ما يكون عن إمكان التحقق، حتى إنه يمكنُ القولُ بأن جريمتها غيرُ ممكنة الإثبات إلَّا من طريق الإقرار، فيكون وجودها في النظام اسميًّا فقط للهيبة، ومثل ذلك يقال في عقوبة الجلد للزاني غير المحصن»[٢].

فلعل هذا مما حدا بالمشرع المصري أن يتجهَ إلى العقوبات التعزيرية.

ومن المقرَّر قانونًا أنَّ محاكم الجنايات تحيل وجوبًا إلى مفتي الجمهورية القضايا التي ترى بالإجماع وبعد إغلاق باب المرافعة وبعد المداولة إنزال عقوبة الإعدام بمقترفيها، وذلك قبل النطق بالحكم.

وهذا الإجراء معمولٌ به منذ صدور القانون الجنائي الوضعي ولائحة الإجراءات الجنائية في مصر في أواخر القرن التاسع عشر، ورأي المفتي هنا رأي استشاري وليس إلزاميًّا للقاضي[٣].

أما بقية القوانين فإنها تستندُ في مجموعها إلى أصل المصالح، وإلى العرف، وهما من أدلة الشريعة ومصادرها الواسعة، فكل ما كان فيه تحقيقٌ لمصلحةٍ معتبرةٍ وحفظٌ لإحدى الضروريات الخمس الدين والنفس والعقل والنسل (العرض) والمال، ولم يخالف نصًّا من نصوص الشريعة، أو مبدأً من مبادئها العامة، أو قاعدةً من قواعدها الكلية فهو موافقٌ للشريعة الإسلامية تمام الموافقة.

وإذا تبين مخالفة أيٍّ من القوانين أو بعض موادِّها للشريعة الإسلامية فإنه يتم اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا التي لها صلاحية إلغاء القوانين إذا تبين أنها مخالفة للشريعة الإسلامية، بحسب المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع[٤].

ولذلك فإنَّ كل مخالفة قانونية للشريعة هي في الحقيقة غير دستورية.

(١) الدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٨٣٨).

(٢) المدخل الفقهي العام (١/ ٣٢٤).

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢/ ٨٦، ٨٧)، والدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٥٢٦، ٥٢٧).

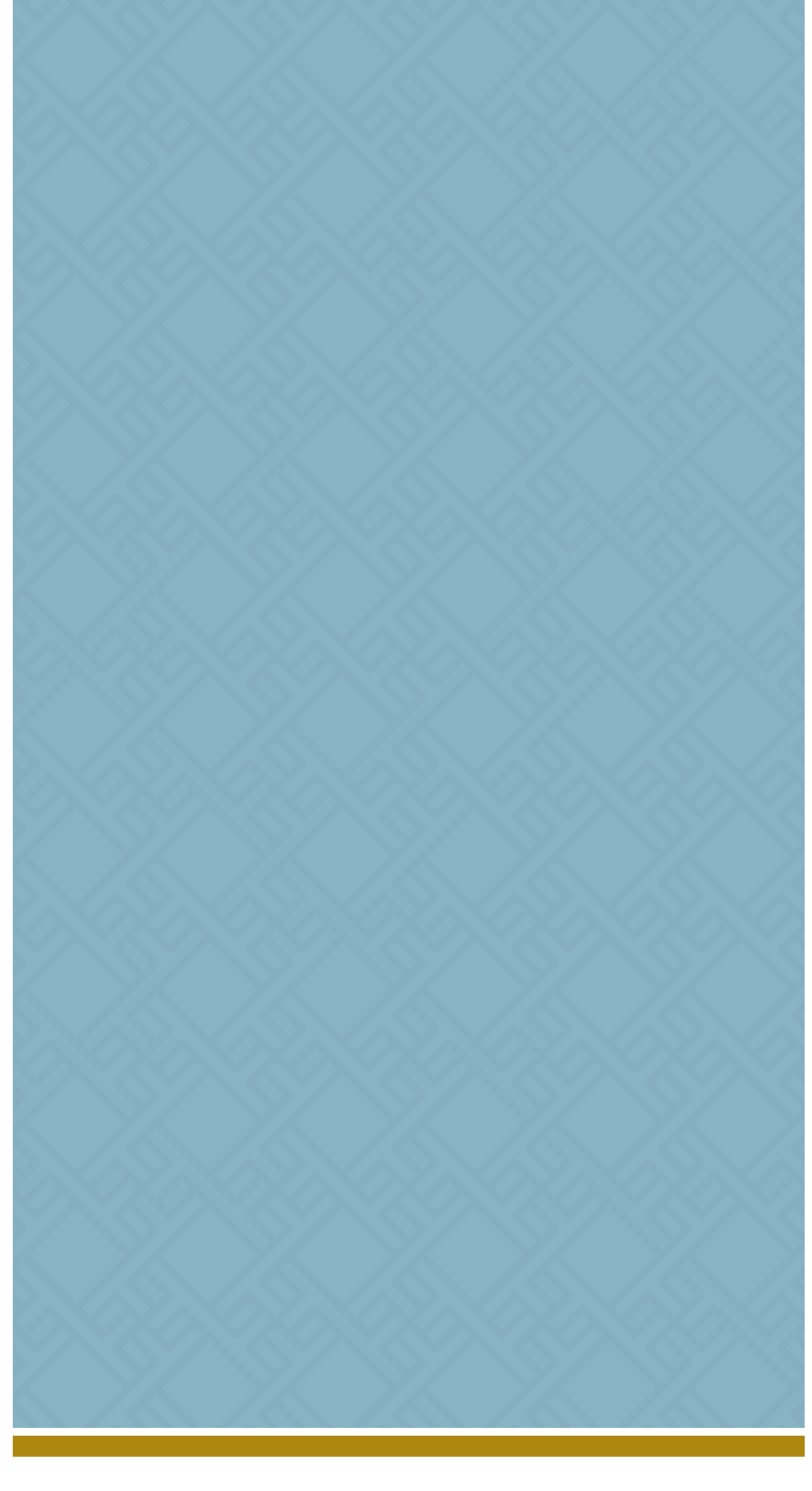
(٤) انظر: الدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٨٢٧).

والواجب في مثل ذلك هو إعدادُ الدراسات المتخصصة لتلك القوانين مقارنةً بالشريعة الإسلامية ونصوصها ومبادئها ومذاهب الفقهاء، واتخاذ الإجراءات القانونية حيالها ليتم نظرها من قبل المحكمة الدستورية العليا، فهذا هو الطريق الصحيح لتعديل القوانين وضمان موافقتها للشريعة الإسلامية.

ويؤكد هذا المعنى المستشار/ علي علي منصور بقوله: «ولسنا في حاجة إلى ترداد أن المقصود من هذه القوانين الوضعية تيسير التقاضي على القضاة والمتقاضين، وأنه إذا غمَّ النص وجب الرجوع إلى المنبع الأصيل، وهو الشريعة الإسلامية، وكذلك إذا غاب النص، دون التقيُّد بمذهب دون مذهب... على أنه إذا أخطأ واضع القانون المصري وأورد نصًّا يصادم أحكام الدين الإسلامي أو الشريعة الإسلامية وجب على القاضي إهمال تطبيقه كما ذكرنا من قبل»[١].

* * *

(١) مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ص(٢٣٥).



الفصل الثالث

العلاقة بين الفتوى والتقنين

ويشمل تمهيدًا وثمانية مباحث:

تمهيد: الفرق بين الإفتاء والقضاء والعلاقة بينهما.

- المبحث الأول: تنظيم القانون وتشريعاته للفتوى والمؤسسات الإفتائية.
- المبحث الثاني: دور المؤسسات الإفتائية في دعم سيادة القانون واحترامه.
- المبحث الثالث: دور المؤسسات الإفتائية في التأصيل الشرعي للقوانين.
- المبحث الرابع: دور المؤسسات الإفتائية في عملية الإصلاح التشريعي.
- المبحث الخامس: دور المؤسسات الإفتائية في معاونة القضاء.
- المبحث السادس: تقيُّد الفتوى والمؤسسات الإفتائية بالقانون.
- المبحث السابع: أهمية التواؤم بين مؤسسات الدولة.
- المبحث الثامن: مشروع مقترح لتقنين الفتوى.

تمهيد

الفرق بين الإفتاء والقضاء والعلاقة بينهما

ويشمل مطلبين:

- المطلب الأول: الفرق بين الإفتاء والقضاء.
- المطلب الثاني: العلاقة بين الإفتاء والقضاء.

المطلب الأول: الفرق بين الإفتاء والقضاء:

الإفتاء سبق تعريفه في الفصل الأول بما يغني عن إعادته.

أما القضاء ففي اللغة: يعني الحكم والفصل، ومنه القضاء بين الخصمين، ويقال: قضى عليه، وقضى له، وقضى بكذا. وقضى الله: أي أمر، ومنه قوله تعالى: {۞وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًا} [الإسراء: ٢٣] ، وقضى إليه: أنهى إليه أمره، ومنه قوله سبحانه: {وَقَضَيۡنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ فِي ٱلۡكِتَٰبِ لَتُفۡسِدُنَّ فِي ٱلۡأَرۡضِ مَرَّتَيۡنِ} [الإسراء: ٤]، والقضاء يعني أيضًا: الأداء، يقال: قضى الصلاة والحج والدين: أداها، ومن قوله تعالى: {فَإِذَا قَضَيۡتُم مَّنَٰسِكَكُمۡ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ} [البقرة: ٢٠٠]، وقضى المدينُ الدائنَ دينَه: أدَّاه إليه، وقضى الصلاة: أدَّاها بعد مضي وقتها. وقضى الشيء: قدَّره وصنعه، ومنه قوله تعالى: {فَقَضَىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَاتٖ فِي يَوۡمَيۡنِ} [فصلت: ١٢]، أي: خلقهن وقدرهن وصيرهن. وقضى حاجته: نالها وبلغها. وقضى أجله: بلغ الأجل الذي حُدِّد له. وقضى نحبه: مات، ويقال: قضى فلان: أي مات[١].

واصطلاحًا: عرف القضاء بعدة تعريفات، من أهمها: أن القضاء يعني فصل الخصومات وقطع المنازعات[٢].

(١) انظر: المعجم الوسيط ص(٧٤٢) مادة (قضى).

(٢) انظر: الدر المختار للحصكفي (٥/ ٣٥٢).

أو هو: النظر بين المترافعين للإلزام وفصل الخصومات[١].

كما عُرِّف بأنه: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٢].

أو هو: إلزام ذي الولاية بحكم شرعي بعد الترافع إليه[٣].

وعرفه بعض المعاصرين بأنه «إظهار حكم الشرع ممن له ولاية ذلك والإلزام به»[٤].

وله تعريفات أخرى بحسب النظرة إليه[٥].

ولا تناقض بين تلك التعريفات؛ فالقضاء فصل بين الخصومات بعد النظر فيها بحكم شرعي ملزم؛ لأن الحكم القضائي ملزم للخصوم.

ويكون ذلك بعد الترافع للقضاء؛ ولذلك فإن أولى التعريفات وأفضلها هو تعريفه بأنه: إلزام ذي الولاية بحكم شرعي بعد الترافع إليه.

والقضاء من لوازم حياة الناس؛ فالإنسان اجتماعي بطبعه، يتعامل مع الآخرين ولا ينفك عن معاملتهم أبدًا، في الأموال بيعًا وشراءً وإجارةً وتبرعًا ومشاركةً وتوثيقًا وإطلاقًا وتقييدًا وحفظًا وغير ذلك، وفي نطاق الأسرة والزواج والفرقة وما ينبني عليهما، وفي نطاق المعاملات الدولية والعلاقات بين الدول، وينتج عن كل ذلك منازعات وخلافات ولا بد؛ لاختلاف الناس في طباعهم ومشاربهم وتكوينهم ورغباتهم ونزعاتهم وميولهم؛ فكان لا بد من وجود سلطة للفصل بينهم فيما يكون من منازعات، مع مراعاة العدل ومنع الظلم[٦].

ولذلك فإن القضاء هو أحد السلطات الثلاث التي لا تقوم أي دولة إلا بها، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

---

(١) انظر: المبدع شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح (٨/ ١٣٩) بتحقيق محمد حسن إسماعيل، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

(٢) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص(٧)، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (١/ ١١)، ومواهب الجليل للحطاب (٦/ ٨٦) ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

(٣) مقدمة مفتي الجمهورية الدكتور/ شوقي علام للمعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١/ ٩).

(٤) القضاء بالقرائن المعاصرة للدكتور/ عبد الله بن سليمان العجلان ص(٦١) ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

(٥) راجع بعض هذه التعريفات في: القضاء بالقرائن المعاصرة ص(٥١- ٦٠)، ومراجعه.

(٦) راجع: القضاء بالقرائن المعاصرة ص(٧٣- ٧٤).

ومن هنا كانت خطورة القضاء في الإسلام؛ حيث يناط به تحقيق العدل ومنع الظلم؛ ولذلك فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: ((**اَلْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: اثْنَانِ فِي اَلنَّارِ، وَوَاحِدٌ فِي اَلْجَنَّةِ. رَجُلٌ عَرَفَ اَلْحَقَّ، فَقَضَى بِهِ، فَهُوَ فِي اَلْجَنَّةِ. وَرَجُلٌ عَرَفَ اَلْحَقَّ، فَلَمْ يَقْضِ بِهِ، وَجَارَ فِي اَلْحُكْمِ، فَهُوَ فِي اَلنَّارِ. وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ اَلْحَقَّ، فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ، فَهُوَ فِي اَلنَّارِ**))[١].

والقضاء والإفتاء صنوان، يتفقان في أشياء، ويفترقان في أشياء.

فيتفق الحكم القضائي والفتوى في أن كلًّا منهما إخبار عن حكم الشرع، مبني على إعمال النظر في الوقائع الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف، وتمييز ما يجب اعتباره من تلك الأوصاف وما لا يجب. كما أن ما يدخل في نطاق القضاء داخل أيضًا في نطاق الفتوى، مع تفردها بمجالات لا تدخل في نطاق القضاء.

أما ما يفترقان فيه فأوله أن الحكم القضائي إخبار على سبيل الإلزام والإنشاء؛ فالقاضي يتدخل لتغيير الواقع ويلزم أطراف النزاع بما يعتقد أنه حكم الله، والفتوى لا إلزام فيها؛ فهي محض إخبار بحكم شرعي في واقعة عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام.

كما أن القضاء أضيق نطاقًا من الفتوى؛ إذ إنه لا يدخل العبادات والعقائد، بخلاف الفتوى، إنما نطاقه المعاملات بمعناها الواسع الذي يشمل المعاملات المالية وأحكام الأسرة والجنايات والعقوبات وما يتعلق بذلك من وسائل الإثبات. ولا يدخل في الحكم بصحة صلاة أو بطلانها، أو تحديد مواقيتها، ولا في الحكم بصحة الصوم أو فساده، ولا فيما يتعلق بسائر العبادات.

كما أن القضاء إنما يقع على نزاع وخصومة لمصالح الدنيا، يستمع فيها القاضي لجميع أطرافها ويفحص أدلتها وبيناتها وقرائنها ويستجوب شهودها وما إلى ذلك، والمفتي لا يفعل شيئًا من ذلك، إنما يتلقى الاستفتاء ويصدر الفتوى من واقع الحكم الشرعي لها وحال المستفتي بعد تصور واقعه.

كذلك فإن القاضي إنما يقضي بناءً على الظاهر وما بين يديه من مستندات القضية، بغض النظر عما هو كائن في باطن الأمر وحقيقته، بخلاف المفتي فإنه يفتي بحسب الديانة وما يعتقد أنه حكم الله بناءً على اجتهاده، ولا يلتفت إلى الظواهر.

وفي هذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ وَ أَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ**))[٢].

(١) رواه أصحاب السنن، وسبق تخريجه.

(٢) رواه البخاري في الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، رقم (٦٩٦٧)، ومسلم في الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم (١٧١٣).

ومن هنا يفرق الفقهاء في بعض المسائل بين الحكم ديانةً والحكم قضاءً، وهذا واضح في مسائل الطلاق، فمن تلفظ بالطلاق ولم ينوه، بل نوى طالقًا من وِثاقٍ مثلا حُكِمَ عليه بوقوع الطلاق قضاءً، أما في غير القضاء فيُدَيَّن ما بينه وبين الله تعالى.

كما أن حكم القاضي يرفع الخلاف، بخلاف الفتوى.

والقضاء تؤثر فيه القرابة والصداقة والعداوة على ما قرره الفقهاء في ذلك، أما الفتوى فلا تؤثر فيها تلك الأمور.

كذلك فإن المفتي له أن يفتي نفسه، لكن القاضي ليس له ذلك[١].

وقد أفاض القرافي المالكي في ذكر الفروق بين الفتوى والحكم القضائي، قال: «الفتوى والحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة، لكن الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبار معناه الإنشاء والإلزام من قبل الله تعالى. وبيان ذلك بالتمثيل أن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجده عن القاضي، واستفاده منه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام، والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل ذلك عن مستنيبه، بل مستنيبه قال له: أي شيء حكمت به على القواعد؛ فقد جعلته حكمي؛ فكلاهما موافق للقاضي ومطيع له وساع في تنفيذ موادِّه، غير أن أحدهما ينشئ، والآخر ينقل نقلًا محضًا من غير اجتهاد له في الإنشاء، كذلك المفتي والحاكم كلاهما مطيع لله تعالى قابل لحكمه، غير أن الحاكم منشئ والمفتي مخبر محض»[٢].

وقال أيضًا: «وبهذا يظهر أن الأحكام الشرعية قسمان: منها ما يقبل حكم الحاكم مع الفتيا فيجمع الحكمان، ومنها لا يقبل إلا الفتوى، ويظهر لك بهذا أيضًا تصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا وقع هل هو من باب الفتوى، أو من باب القضاء والإنشاء، وأيضًا يظهر أن إخبار الحاكم عن نصاب اختلف فيه أنه يوجب الزكاة فتوى، وأما أخذه للزكاة في مواطن الخلاف فحكم، وفتوى من جهة أنه تنازع بين الفقراء»[٣].

(١) راجع: الإفتاء حقيقته وآدابه ومراحله ص(٣٨- ٤١) بمؤتمر «الفتوى وضوابطها» بالمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، والحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي للدكتور/ شوقي علام ص(٢٤٩)، والمعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١/ ٥٠- ٥٣)، وراجع أيضًا: الفروق (٤/ ٤٨، وما بعدها).

(٢) الفروق (٤/ ٥٣- ٥٤).

(٣) الفروق (٤/ ٥٢).

المطلب الثاني

العلاقة بين الإفتاء والقضاء

العلاقة بين الإفتاء والقضاء علاقة وثقى لا تكاد تنفك، حتى إنه قد يحل أحدهما محل الآخر في بعض الأحوال، وقد قيل: «القضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم»[1]. كما أن الفتوى قد تكون ملزمة في بعض الأحيان، والقاضي قد يقوم بالإفتاء- على ما سنبيِّنه.

وكل من المفتي والقاضي يصدر فيما يقوم به عن الفقه مع تنزيله على الواقع المعين، فكل منهما تطبيق عملي للفقه وأحكامه، مع اختصاص كل منهما بخصائص.

قال تقي الدين السبكي: «واعلم يا أخي أن العلماء الكاملين المبرزين يجيئون من الفقه على ثلاث مراتب:

إحداها: معرفة الفقه في نفسه، وهو أمر كلي؛ لأن صاحبه ينظر في أمور كلية وأحكامها، كما هو دأب المصنفين والمعلمين والمتعلمين، وهذه المرتبة هي الأصل.

الثانية: مرتبة المفتي، وهي النظر في صورة جزئية وتنزيل ما تقرر في المرتبة الأولى، فعلى المفتي أن يعتبر ما يسأل عنه وأحوال تلك الواقعة، ويكون جوابه عليها؛ فإنه يخبر أن حكم الله في هذه الواقعة كذا، بخلاف الفقيه المطلق المصنف المعلم لا يقول في هذه الواقعة، بل في الواقعة الفلانية وقد يكون بينها وبين هذه الواقعة فرق؛ ولهذا نجد كثيرًا من الفقهاء لا يعرفون أن يفتوا، وأن خاصية المفتي تنزيل الفقه الكلي على الموضع الجزئي، وذلك يحتاج إلى تبصر زائد على حفظ الفقه وأدلته، ولهذا نجد في فتاوى بعض المتقدمين ما ينبغي التوقف في التمسك به في الفقه ليس لقصور ذلك المفتي معاذ الله، بل لأنه قد يكون في الواقعة التي سئل عنها ما يقتضي ذلك الجواب الخاص فلا يطرد في جميع صورها، وهذا قد يأتي في بعض المسائل، ووجدناه بالامتحان والتجربة في بعضها ليس بالكثير، والكثير أنه مما يتمسك به؛ فليتنبه لذلك فإنه قد تدعو الحاجة إليه في بعض المواضع، فلا نلحق تلك الفتوى بالمذهب إلا بعد هذا التبصر.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٦) ط. دار المعرفة- بيروت سنة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

المرتبة الثالثة: مرتبة القاضي، وهي أخص من رتبة المفتي؛ لأنه ينظر فيما ينظر فيه المفتي من الأمور الجزئية وزيادة ثبوت أسبابها ونفي معارضتها وما أشبه ذلك، وتظهر للقاضي أمور لا تظهر للمفتي، فنظر القاضي أوسع من نظر المفتي، ونظر المفتي أوسع من نظر الفقيه، وإن كان نظر الفقيه أشرف وأعم نفعًا.

إذا علمت هذا فالفقه عموم شريف نافع نفعًا كليًّا، وهو قوام الدين والدنيا، والفتوى خصوص فيها ذلك وتنزيل الكلي على الجزئي من غير إلزام، والحكم خصوص الخصوص فيها ذلك وزيادات: إحداها الحجج والأخرى الإلزام»[١].

فرع: متى تكون الفتوى ملزمة؟

إن الفتوى بطبيعتها- كما مرَّ- ليست ملزمة؛ فهي إخبار عن حكم الشرع لمن سأل عنه بدليله من غير إلزام، ولكنها تكون ملزمة في بعض الحالات:

الحالة الأولى: التزام المستفتي بالعمل بالفتوى؛ فإذا التزم السائل المستفتي أن يعمل بفتوى معينة صارت لازمة في حقه.

الحالة الثانية: شروع المستفتي في تنفيذ الحكم الشرعي الذي كشفته الفتوى، والعمل به. وهذه الحالة أوجب من سابقتها؛ لأن الشروع في العمل والتنفيذ أشد من مجرد الالتزام.

الحالة الثالثة: إذا اطمأن قلب المستفتي إلى صحة الفتوى ووثق بها يلزمه العمل بها؛ لأنها تمثل له حكم الله في الواقعة محل الفتوى.

الحالة الرابعة: إذا بذل المستفتي وسعه للوقوف على حكم الواقعة ولم يجد إلا مفتيًا واحدًا لزمه الأخذ بفتواه. أما إذا وجد مفتيًا آخر؛ فإن توافقت فتواهما لزم العمل بها، وإن اختلفتا فإن استبان له الحق في إحداهما لزمه العمل بها، وإن لم يستبن له الحق منهما ولم يتيسر له الاستيثاق بمفتٍ ثالثٍ كان عليه أن يعمل بقول المفتي الذي تطمئن إليه نفسه في دينه وعلمه، عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: **((اسْتَفْتِ نَفْسَكَ، الْبِرُّ مَا اطْمَأَنَّ إِلَيْهِ الْقَلْبُ، وَاطْمَأَنَّتْ إِلَيْهِ النَّفْسُ، وَالْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي الْقَلْبِ، وَتَرَدَّدَ فِي الصَّدْرِ، وَإِنْ أَفْتَاكَ النَّاسُ وَ أَفْتَوْكَ))**[٢][٣].

(١) فتاوى السبكي (٢/ ١٢٢- ١٢٣) ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.

(٢) رواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٢٨)، والدارمي في سننه كتاب البيوع، باب دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، رقم (٢٥٣٣) من حديث وابصة بن معبد.

(٣) انظر: الإفتاء حقيقته وآدابه ومراحله ص(٤١-٤٢)، وراجع: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ص(١٦٤-١٦٧) بتحقيق الدكتور/ موفق عبد القادر، ط. مكتبة العلوم والحكم، وعالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م، وصفة الفتوى والمفتي والمستفتي لابن حمدان ص(٨٠-٨٢)، وذخر المحتي من آداب المفتي لصديق حسن خان ص(١٥٨- ١٥٩) بتحقيق أبي عبد الرحمن الباتني، وتقديم عبد القادر الأرناؤوط، ط. دار ابن حزم- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

فرع: هل يجوز للقاضي أن يفتي؟

اختلف الفقهاء في مدى جواز أن يفتي القاضي على أقوال، وفيما يلي بيان مذاهبهم:

ذهب **الحنفية** إلى أن للقاضي أن يفتي مَنْ لم يخاصم إليه، ولو في مجلس القضاء.

جاء في المبسوط: «وأكره للقاضي أن يفتي للخصوم في القضاء؛ كراهة أن تعلم الخصوم قوله؛ فتحترز منه بالباطل؛ لحديث شريح رحمه الله حين سئل عن مسألة الحبس، قال: إنما أقضي ولست أفتي. وقد كره بعض الناس للقاضي أن يفتي في المعاملات أصلًا، وقالوا: يفتي في العبادات. وكره بعضهم أن يفتي في مجلس القضاء، وقالوا: لا بأس به في غير مجلس القضاء؛ لأن كل واحد من الأمرين مهم. فإذا جمع بينهما في مجلس يخاف الخلل فيهما. والأصح أنه لا بأس بأن يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء، وفي غير مجلس القضاء؛ فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتي ويقضي، والخلفاء رضي الله عنهم بعده كذلك. والقضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم، وإنما الذي يكره له أن يفتي للخصم فيما خاصم فيه إليه؛ لما قيل: إن الخصم إذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك؛ فلا يفتي له في ذلك حتى تنقضي الخصومة»[١].

وفي معين الحكام للطرابلسي: «لا يفتي القاضي في مسائل الخصومات لأهل بلده؛ لئلا يحترز الخصم بباطل، وأما في غيرها فلا بأس»[٢].

وقال ابن عابدين: «في الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه، ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه. وفي الخلاصة: القاضي هل يفتي؟ فيه أقاويل، والصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره في الديانات والمعاملات. ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما في الظهيرية؛ ومن ثم عولنا عليه»[٣].

وذهب **المالكية** إلى أنه يكره للقاضي أن يفتي في المسائل التي يكون فيها القضاء، وإن لم تقع فيها خصومة.

فعن مالك: «لا يفتي القاضي في مسائل القضاء، وأما غير ذلك فلا بأس»[٤].

(١) المبسوط (١٦/ ٨٥- ٨٦).

(٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي ص(١٩).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٦٠).

(٤) الذخيرة للقرافي (٨/ ٥٩).

وجاء في مختصر خليل: «ولم يفت في خصومة»[١].

قال الدردير في شرحه: « (ولم يفت) يعني يكره للقاضي أن يفتي (في خصومة) أي: فيما شأنه أن يخاصم فيه، كالبيع والشفعة والجنايات، وإن لم يقع؛ لأن الإفتاء يؤدي إلى تطرق الكلام فيه؛ لأنه إن حكم بما أفتى ربما قيل: حكم بذلك لتأييد فتواه، وإن حكم بخلافه لتجديد نظر أو ترجيح حكم قيل: إنه حكم بما لم يفت به، وقد يكون السؤال مزورًا»[٢].

وهو منقول أيضًا عن ابن شاس.

واختار ابن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب بالفتيا في كل ما سئل عنه لما عنده فيه علم، واحتج بأن الخلفاء الأربعة كانوا يفتون الناس في نوازلهم. وهذا إذا كانت الفتوى فيما يمكن أن تعرض بين يديه، ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يدي عماله فليجبهم عنها[٣].

أما **الشافعية** فيرون في الصحيح المشهور أن القاضي كغيره في الفتيا بلا كراهة.

قال النووي: «والقاضي كغيره في جواز الفتيا بلا كراهة، هذا هو الصحيح المشهور من مذهبنا. قال الشيخ: ورأيت في بعض تعاليق الشيخ أبي حامد أن له الفتوى في العبادات وما لا يتعلق بالقضاء، وفي القضاء وجهان لأصحابنا: أحدهما الجواز؛ لأنه أهل، والثاني لا؛ لأنه موضع تهمة»[٤].

وقال زكريا الأنصاري: «ويفتي من يصلح للفتوى ولو كان قاضيًا، فلا تكره له الفتوى ولو في الأحكام»[٥].

وهو مذهب **الحنابلة** كذلك.

قال ابن القيم: «لا فرق بين القاضي وغيره في جواز الإفتاء بما تجوز الفتيا به، ووجوبها إذا تعينت، ولم يزل السلف والخلف على هذا؛ فإن منصب الفتيا داخل في ضمن منصب القضاء عند الجمهور والذين لا يجوّزون قضاء الجاهل؛ فالقاضي مفتٍ ومثبِّت ومنفِّذ لما أفتى به. وذهب بعض الفقهاء من أصحاب الإمام أحمد والشافعي إلى أنه يكره للقاضي أن يفتي في مسائل الأحكام المتعلقة به، دون الطهارة والصلاة والزكاة ونحوها، فاحتج أرباب هذا القول بأن فتياه تصير كالحكم منه على الخصم، ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة. قالوا: ولأنه قد يتغير اجتهاده وقت الحكومة، أو تظهر له قرائن لم

(١) مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٣٩) ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.

(٢) الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٣٩).

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق (٨/ ١١٠) ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ، ومواهب الجليل (٦/ ١١٩).

(٤) المجموع (١/ ٧٤- ٧٥).

(٥) أسنى المطالب (٤/ ٢٨٣) ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.

تظهر له عند الإفتاء، فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته، وإن حكم بخلافها طرق الخصم إلى تهمته والتشنيع عليه بأنه يحكم بخلاف ما يعتقده ويفتي به. ولهذا قال شريح: أنا أقضي لكم ولا أفتي. حكاه ابن المنذر، واختار كراهية الفتوى في مسائل الأحكام»[١].

وقدَّمه المرداوي، قال: «ويفتي حاكم، وثالثها: فيما لا يتعلق بالحكم»[٢].

وقال ابن النجار الفتوحي: «وتصح الفتيا من حاكم على الصحيح، ويكون كغيره فيها. وقيل: لا يفتي الحاكم، قال القاضي شريح: أنا أقضي لكم ولا أفتي. وقيل: يفتي فيما لا يتعلق بالأحكام، كالطهارة والصلاة ونحوهما»[٣].

والقول بكراهة إفتاء القاضي فيما يدخل في مجال القضاء وإن لم تكن هناك خصومة فيه، والذي ذهب إليه المالكية **هو الأَوْلَى**، وهو قول ابن المنذر أيضًا -كما مرَّ- قال: «تكره الفتوى في مسائل الأحكام الشرعية»[٤].

وقال شريح: «أنا أقضي ولا أفتي»[٥].

يقول الدكتور/ علي جمعة: «ولعله وضح من هذا أن من كرهوا للقاضي الإفتاء فيما تثور فيه الخصومات أمامه أقوى حجة وأولى بالاتباع؛ لأنه يبتعد بالقاضي عن مظان التهم، ويضمن حياده بين الخصوم»[٦].

كما أن الغالب من حال القضاة -مع سيادة التخصص الدقيق في زماننا- عدم الإحاطة الكافية بما لا يدخل في نطاق عملهم القضائي، والأولى أن يُرجع في ذلك لأهل الفتوى المشتغلين بها، لا سيما مع الاتجاه إلى مأسسة الفتوى، عملًا بقول الله تعالى: {فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ} [النحل: ٤٣].

(١) إعلام الموقعين (٤/ ١٦٩- ١٧٠).

(٢) تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول ص(٣٤١).

(٣) شرح الكوكب المنير (٤/ ٥٤٥- ٥٤٦) بتحقيق الدكتور/ محمد الزحيلي، والدكتور/ نزيه حماد، ط. مكتبة العبيكان بالرياض سنة ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م. وراجع: كشاف القناع (٦/ ٣٢٢).

(٤) المغني (١٤/ ١٢٢)، والمجموع (١/ ٧٥).

(٥) المبسوط (١٦/ ٨٥)، والمغني (١٤/ ١٢٢)، والمجموع (١/ ٧٥).

(٦) الإفتاء حقيقته وآدابه ومراحله ص(٤٣).

المبحث الأول

تنظيم القانون وتشريعاته للفتوى والمؤسسات الإفتائية

من أهم وظائف الدولة حفظ النظام الاجتماعي على الوجه الأمثل، من خلال حماية حقوق أفراد المجتمع، وحفظ الأمن والأمان، ووضع السياسات التي تضمن ذلك وتحققه، ويكون ذلك كله من خلال منظومة القوانين التي تنظم ذلك[١].

ومن الوظائف الضرورية في أي مجتمع وجود دور وهيئات للإفتاء للقيام بخلافة النبي صلى الله عليه وسلم في بيان أحكام الشريعة للناس، وهي من فروض الكفاية التي يجب توفرها في المجتمع بما يقوم بحاجات الناس ويقوم بما يناط بها من مهام وأدوار.

ولذلك فإنه يلزم ولي الأمر تحديد وتعيين من يقوم بالإفتاء، ويكون فيه الكفاية بحسب حاجات المجتمع.

وقد عُرِفَ المفتي المرتَّب أو الرسمي في العصر المملوكي في منتصف القرن الثامن الهجري تقريبًا، فيما كان يُعرف بمفتي دار العدل[٢].

والغرض من قيام ولي الأمر بترتيب مفتٍ التأكُّد من أهليته وأنه مستجمع لشروط الإفتاء.

ولذلك فإن لولي الأمر إذا وجد أن المفتي ليس أهلًا للإفتاء أن يعزله ويحجر عليه، وقد تحدَّث الفقهاء عن الحجر على المفتي الماجن؛ لدفع ضرره، وفسروه بأنه الذي يعلِّم الناس الحيل؛ فيفسد عليهم دينهم[٣]، فيدخل فيه كل مفتٍ يعم ضرره بأي صورة[٤].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٤).

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١/ ١٣٤-١٣٧، ٢/ ٥٠-٥٣).

(٣) راجع: التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج (٢/ ٢٠١-٢٠٢)، وشرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٩٢، ٣٨٢) ط. مكتبة صبيح بمصر، بدون تاريخ.

(٤) راجع: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٧-٢١٨).

قال الخطيب البغدادي: «ينبغي لإمام المسلمين أن يتصفح أحوال المفتين؛ فمن كان يصلح للفتوى أقرَّه عليها، ومن لم يكن من أهلها منعه منها. وتقدم إليه بأن لا يتعرض لها وأوعده بالعقوبة، إن لم ينته عنها، وقد كان الخلفاء من بني أمية ينصِّبون للفتوى بمكة في أيام الموسم قومًا يعينونهم، ويأمرون بأن لا يستفتى غيرهم»[١].

وروى عن بعض السلف قال: «كان يصيح الصائح في الحاج: لا يفتي الناس إلا عطاء بن أبي رباح، فإن لم يكن فعبد الله بن أبي نجيح»[٢].

ويَعرِف ولي الأمر من يصلح للإفتاء من غيره عن طريق سؤال أهل العلم في وقته[٣]، كما يعرفه من خلال المؤسسات العلمية المعروفة في الدولة، كالجامعات والمعاهد والمراكز البحثية والجامعية ونحوها.

أيضًا فإن للتقنين دورًا مهمًّا في تشريعات تقنين الإفتاء والحد من فوضى الفتاوى وانتشار الفتاوى الشاذة التي تنال من أمن المجتمع واستقراره.

وقد نادت دار الإفتاء المصرية في العديد من المحافل بضرورة وضع تقنين للحد من تلك الفتاوى الشاذة، وذلك بقصر الفتوى على المؤسسات الإفتائية والمجامع الفقهية أو من لديه تصريح أو إذن من المؤهلين لذلك؛ لضبط عملية الإفتاء[٤].

فالمؤسسات الإفتائية باعتبارها إحدى مؤسسات الدولة تعمل وفقًا للقانون الذي ينظمها ويصدر التقنينات الخاصة بها التي تنظم عملها وتضمن لها القيام بمهامها على أكمل وجه.

وقد صدرت عدة تقنينات لتنظيم عمل دار الإفتاء المصرية من وزير العدل، بدءًا بالقرار رقم (٢١٤٧ لسنة ١٩٧٩م) بشأن التقسيمات التنظيمية للأجهزة الإدارية للهيئات القضائية والجهات المعاونة لها، والقرار رقم (١٧٢٦ لسنة ١٩٨٥م) بشأن إعادة تنظيم التقسيمات الإدارية لدار الإفتاء المصرية، والقرار رقم (١٩٢٦ لسنة ١٩٨٥م) باعتماد جداول ترتيب وبطاقات وصف وظائف الجهاز الإداري لدار الإفتاء المصرية، والقرار رقم (١١٤٧ لسنة ٢٠٠٨م) بشأن الاستقلال المالي والإداري لدار الإفتاء المصرية، وأخيرًا القرار رقم (١٩٥١ لسنة ٢٠٠٨م) بإصدار اللائحة الداخلية والهيكل التنظيمي والوظيفي للعاملين بدار الإفتاء المصرية.

(١) الفقيه والمتفقه (٢/ ٣٢٤) بتحقيق عادل يوسف العزازي، ط. دار ابن الجوزي بالسعودية، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ.

(٢) الفقيه والمتفقه (٢/ ٣٢٥).

(٣) راجع: الفقيه والمتفقه (٢/ ٣٢٥).

(٤) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٥).

ومؤخرًا صدر قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٣٨ لسنة ٢٠٢١م) بتاريخ ١٠ أغسطس ٢٠٢١م باعتبار دار الإفتاء المصرية من الجهات ذات الطبيعة الخاصة، وأنه لا تسري على الوظائف القيادية والإدارة الإشرافية بها أحكام المادتين (١٧، ٢٠) من قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٨١ لسنة ٢٠١٦م).

واعتبر مفتي الجمهورية الدكتور/ شوقي علام أن هذا القرار جاء تتويجًا لمسيرة دار الإفتاء المصرية، باعتبارها مؤسسة عريقة لها دور كبير متجذر في التاريخ، وأنه ارتقى بدار الإفتاء المصرية ارتقاءً كبيرًا للغاية[1].

ومثل ذلك نجده في تنظيمات دور وهيئات الإفتاء في جميع الدول العربية والإسلامية؛ ففي المملكة العربية السعودية صدرت عدة أوامر ملكية بتنظيم هيئة كبار العلماء بالمملكة، بدءًا بالأمر الملكي رقم (أ/ ١٣٧ بتاريخ ٨/ ٧/ ١٣٩١هـ)، ثم الأمر الملكي رقم (أ/ ٨٨ بتاريخ ٦/ ٣/ ١٤٢٢هـ)، ثم الأمر الملكي رقم (١٣٨٧٦/ ب بتاريخ ٢/ ٩/ ١٤٣١هـ) بقصر الفتوى على أعضاء هيئة كبار العلماء.

وفي الكويت صدر قانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت رقم (١٢ لسنة ١٩٦٠م) بتاريخ ٢٤/ ٤/ ١٩٦٠م.

وكذلك الشأن في فلسطين؛ حيث صدر القرار بقانون رقم (٧ لسنة ٢٠١٢م) بشأن دار الإفتاء الفلسطينية.

وفي المملكة الأردنية صدر قانون الإفتاء الأردني رقم (٦٠ لسنة ٢٠٠٦م)، كما صدر قرار مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية بالأردن رقم (٢٢/ ٢٠١٤م) بشأن اختيار المفتين (تعليمات اختيار المفتين رقم ٢ لسنة ٢٠٠٨م) الذي اقتضى إجراء بعض التعديلات على تعليمات رقم (١ لسنة ٢٠٠٨م) الصادرة بموجب قانون الإفتاء رقم (٦٠ لسنة ٢٠٠٦م).

وفي البحرين صدر قانون المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بدولة البحرين رقم (٢٠ لسنة ٢٠٠٥م) في شأن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، بناءً على المرسوم رقم (١٩ لسنة ١٩٩٦م) بإنشاء مجلس أعلى للشئون الإسلامية. ثم صدر قرار رقم (١ لسنة ٢٠٠٧م) بإصدار اللائحة الداخلية لتنظيم عمل المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

---

(١) جاء ذلك على لسان فضيلته في لقائه التليفزيوني ببرنامج «نظرة» بقناة صدى البلد مع الإعلامي حمدي رزق بتاريخ ٢٠ أغسطس ٢٠٢١م، وتناقلته وسائل الإعلام والمواقع الإخبارية في اليوم نفسه.

وفي السودان صدر قانون مجمع الفقه الإسلامي السوداني لسنة ١٩٩٨م، وبمقتضاه ألغي قانون مجلس الإفتاء الشرعي لسنة ١٩٩١م.

وفي موريتانيا صدر مرسوم تنظيم المجلس الأعلى للفتوى والمظالم بموريتانيا، طبقًا لأحكام المادة (٢٤) من القانون النظامي رقم (٢٠١٨- ١٤) الصادر بتاريخ ١٥ فبراير ٢٠١٨م المتعلق بالمجلس الأعلى للفتوى والمظالم.

هذا بالإضافة إلى قرار إنشاء المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وقد صدر بشأنه القرار رقم (٢٠/ ١٣- ث) للمؤتمر الثالث عشر لوزراء الخارجية المنعقد في مدينة نيامي بجمهورية النيجر في الفترة من ٣- ٧ ذي القعدة ١٤٠٢هـ، الموافق لـ ٢٢- ٢٦ أغسطس ١٩٨٢م بشأن إنشاء المجمع الفقهي الإسلامي.

وقرار إنشاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي (التعاون الإسلامي حاليًا) بناءً على قرار مؤتمر القمة الإسلامي الثالث، المنعقد في مكة المكرمة بالمملكة العربية السعودية في الفترة ١٩- ٢٢ ربيع الأول ١٤٠١هـ، الموافق لـ ٢٥- ٢٨ يناير ١٩٨١م، رقم (٨/ ٣).

وإقرار إنشاء الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم، انطلاقًا من مقررات المؤتمر العالمي الأول للإفتاء، المنعقد في القاهرة تحت رعاية فخامة رئيس جمهورية مصر العربية، في الفترة ١٧- ١٨ أغسطس ٢٠١٥م، الموافق لـ ٢- ٣ ذي القعدة ١٤٣٦هـ؛ لتكون المظلة الجامعة للهيئات الإفتائية في الدول الإسلامية ولجهات إفتاء الجاليات المسلمة في كافة أرجاء المعمورة، وتتبع دار الإفتاء المصرية، ومقرها الرئيسي بالقاهرة، ولها شخصيتها الاعتبارية المستقلة.

وعقد الاجتماع التأسيسي لها بتاريخ ١٥ ديسمبر ٢٠١٥م، الموافق لـ ٤ ربيع الأول ١٤٣٧هـ، وهو اليوم الذي اعتبر اليوم العالمي للإفتاء.

وصدر عنها العديد من الوثائق، كوثيقة التسامح الفقهي والإفتائي، ووثيقة التعاون والتكامل الإفتائي، ومشروع الميثاق العالمي للفتوى، وعقدت العديد من المؤتمرات.

وقد ذكرت تفصيلات جميع تلك القوانين في مجلد الملاحق (رقم ٢٢) من المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية.

وسيأتي في المبحث الثامن من هذا الفصل مقترح لمشروع لتقنين الفتوى.

المبحث الثاني

دور المؤسسات الإفتائية في دعم سيادة القانون واحترامه

للمؤسسات الإفتائية دور كبير في دعم سيادة القانون؛ حيث يجب على تلك المؤسسات أن تضع في اعتبارها التقنينات المنظمة للعلاقات بين المستفتين في مجتمع صدور الفتوى؛ فالفتوى لا تصدر بمعزل عن مجتمعها بظروفه وأحواله وزمانه ومكانه. ومخالفة القانون في الفتوى يترتب عليها من المفاسد ما لا يقارن بأية مصالح مرجوة منها.

ولذلك فإن المؤسسات الإفتائية من خلال ممارستها العملية للإفتاء لها دور مهم في التأسيس لمبدأ سيادة القانون، وذلك من خلال منهجية الاختيار الإفتائي من الأقوال الفقهية المختلفة التي تتسع لها الشريعة الإسلامية[١].

ومن خلال تقيُّد المؤسسات الإفتائية بالقانون واحترامه وعدم مخالفته أو مناقضته أو الخروج عليه؛ فالفتوى لا يمكنها أن تتجاوز القانون وتسير في اتجاه مضاد له؛ لأن القانون يعد الضامن الوحيد لحفظ النظام الاجتماعي داخل أي مجتمع، والمساس به يعد إيذانًا بالفوضى والانهيار.

وبدون سيادة القانون ستفقد المؤسسات الإفتائية دورها قبل غيرها من المؤسسات.

ومن أهم ملامح منهج الاختيار الإفتائي القويم المتوائم والداعم لسيادة القانون[٢]:

أولًا: الالتجاء إلى الله سبحانه وسؤاله العون والتوفيق.

فالمفتي مطالب بأن يلتجئ إلى الله تعالى، ويظهر الافتقار إليه سبحانه، ويسأله العون والمدد أن يوفقه ويعينه ويفتح عليه فتوح العارفين ويلهمه الصواب في المسألة التي يريد أن يفتي فيها[٣].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٤- ١٩٥).

(٢) راجع في هذه الملامح: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٥/ ١٤٣- ١٥٣).

(٣) انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد عثمان شبير ص(٢٤) ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة السادسة ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م، ونحو تأهيل اجتهادي لأعضاء هيئة الفتوى للدكتور/ قطب الريسوني ص(٤٢) بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول بدبي سنة ٢٠٠٩م، ومنهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٣٢).

قال ابن القيم: «ينبغي للمفتي الموفَّق إذا نزلت به المسألة أن ينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي الحالي لا العلمي المجرد إلى ملهم الصواب ومعلم الخير وهادي القلوب أن يلهمه الصواب، ويفتح له طريق السداد، ويدله على حكمه الذي شرعه لعباده في هذه المسألة»[١].

ثانيًا: التأكد من وقوع الحادثة أو النازلة.

وهذا لأن الفتوى إخبار عن حكم شرعي في نازلة من النوازل لمن سأل عنه، والفتوى تتغير بحسب حال المستفتي والظروف المحيطة به والزمان والمكان؛ ولذلك فإن التأكد من وقوع النازلة محل الفتوى أمر مهم.

وقد كان السلف قديمًا يكرهون افتراض المسائل، وبعضهم ينهى عنه[٢].

لذلك ينبغي للمفتي أن يبحث المسألة بعد وقوعها وحدوثها بملابساتها وظروفها.

أما في مجال الفقه فإن افتراض المسائل أو الفقه الافتراضي كان من أسباب ازدهار الفقه الإسلامي وشموله واتساعه- كما هو معروف في تاريخه.

وقد أوصت «المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية» بضرورة إدخال دراسة فقه استشراف المستقبل ضمن مناهج التدريس في الجامعات العربية والإسلامية؛ حتى تتكوَّن لدى الفقيه والمفتي الخلفية المعرفية في أساسيات هذا العلم؛ لتكون أداة توظَّف في استشراف المستقبل، ضمن أصول علمية ومنهجية على ضوء مبادئ التوجيهات الربانية[٣].

ثالثًا: فهم الفتوى فهمًا دقيقًا.

فهم المفتي للفتوى فهمًا دقيقًا وعميقًا، وتصورها تصورًا صحيحًا قبل البدء في بحث حكمها من أهم متطلبات الفتوى الصحيحة؛ فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، بل إن التصوير الصحيح للمسألة شرط للفتوى الصحيحة؛ وذلك أن الفتوى- كما بينا- هي بيان للحكم الشرعي في النوازل والوقائع، فهي مرتبطة ومتعلقة بالواقعة. فلذلك إذا لم يتم تصوير الواقعة بشكل صحيح فإن الفتوى ستكون غير مطابقة للحال.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٤/ ١٧٢).

(٢) راجع: إعلام الموقعين عن رب العالمين (٤/ ١٧٠).

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٣٥٧/٩).

والأمر فيما يتعلق بالقضايا المعاصرة أخطر وأعظم؛ لتعلقها بأمور معقدة ومتداخلة وتنتمي لعلوم ومعارف أخرى قد يكون المفتي غير عالم بها بطبيعة الحال، وإنما يحتاج لدراستها للوقوف على التصوير الصحيح لها.

والمفتي محتاج لفهم كل تفصيلات محل الفتوى قبل الخوض في الحكم عليها، وذلك من خلال جمع المعلومات المتعلقة بها، والاتصال بأهل الاختصاص فيها إن كانت متشعبة الجوانب والعلوم، ثم تحليلها إلى عناصرها الأساسية التي تتكون منها للتمكن من الحكم على كل عنصر على حدة؛ ومن ثم الخروج بحكم صحيح للواقعة المسئول عنها[١].

رابعًا: الدوران مع النص حيث دار.

فالنص هو مدار الفتوى، وحيثما وجد النص فلا محيد عنه.

ومن أشد الأخطاء في الفتوى والتي تذهب بها بعيدًا عن مراد الله المتضمن لتحقيق مصالح العباد الغفلة عن النصوص، وذلك بأن يجتهد في مسألة ويفتي فيها بناءً على رأي أو قياس، أو مراعاة مصلحة، وفيها نص صحيح يغفل عنه لجهل أو تقصير في البحث ونحو ذلك.

وأول خطوة لبحث الحكم الشرعي هي البحث في النصوص عن حكم النازلة؛ فإذا وجده المفتي وجب المصير إليه والأخذ به، وعدم تجاوزه.

وقد أخرجت لنا التقنيات الحديثة العديد من البرامج الحاسوبية والموسوعات التي تساعد الفقيه والمجتهد والباحث بصفة عامة على البحث عن النصوص في القرآن الكريم ودواوين السنة النبوية بطريقة سهلة ومستوعبة باستخدام وسائل البحث والفهارس المتنوعة[٢].

خامسًا: التزام المنهجية العلمية في التعامل مع النصوص.

المنهجية العلمية في الإفتاء هي قطب الرحا؛ فبها نصل إلى الفتوى الصحيحة، وبدونها يحصل الخلط والغلط والخطأ، وتخرج الفتاوى الشاذة التي تسيء إلى الإسلام، وتزعزع الأمن والاستقرار، وتهدم البيوت، وتسبب السخط والعنف.

والمنهجية العلمية هي العاصم من كل ذلك.

(١) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٢٦- ٨٢٧).

(٢) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٣٧- ٨٣٨).

وتتلخص خطواتها فيما يلي:

عرض المسألة على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، والنظر في الإجماعات، وهذا هو مقتضى قوله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا} [النساء: ٥٩]، وهو مسلك الصحابة والسلف الصالح.

وقد لا يظفر المفتي بنص صريح في النازلة إذا كانت وليدة العصر ومن المستحدثات، لكنه لا يعدم في النصوص ما يؤنس للحكم بدلالة التضمن أو الالتزام وغير ذلك[١].

ثم يبحث المفتي عن حكم المسألة في فتاوى الصحابة واجتهاداتهم؛ فقد يجد فيها مسألة شبيهة تضيء له طريق البحث. وقد كان هذا هو مسلك الأئمة إذا لم يجدوا بغيتهم في الكتاب والسنة.

ثم يبحث في اجتهادات الفقهاء وأصحاب المذاهب؛ ففيها نتاج قرائح عقول الأمة. وكم من المسائل يستبعد الناظر أن يجدها في تراثنا الفقهي؛ فإذا أمعن النظر وجد لها نظائر وأشباهًا.

ولعل كلام ابن عابدين في التأمين الذي سماه السوكرة خير مثال على ذلك.

ثم يبحث في كتب الفتاوى والنوازل القديمة والمعاصرة؛ لاحتمال وجود سوابق أو نظائر للمسألة المنظورة أفتى فيها السابقون.

ومن أهم كتب الفتاوى القديمة: تنقيح الفتاوى الحامدية، والنوازل للوزاني، والمعيار المعرب للونشريسي، وفتاوى ابن رشد، وفتاوى الرملي، وفتاوى الشيخ عليش، وفتاوى السبكي، والنووي، والفتاوى الهندية، والخانية، وفتاوى ابن تيمية، وابن بدران، وغيرها.

أما الفتاوى المعاصرة، فمنها ما هو فتاوى لدور وهيئات الإفتاء، وفي مقدمتها فتاوى دار الإفتاء المصرية، وهي بحر زاخر، وقد قاربت الخمسين مجلدًا، وكذلك فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، وفتاوى دوائر الإفتاء في جميع الدول العربية والإسلامية.

ومنها ما هو فتاوى لهيئات شرعية لمصارف إسلامية، كفتاوى الهيئة الشرعية ببنك دبي الإسلامي، وفتاوى الهيئة الشرعية ببنك الراجحي، وفتاوى بنك التضامن الإسلامي، وغيرها، وهذا فيما يتعلق بالمعاملات المالية والمصرفية والزكاة ونحوها.

ومنها ما هو فتاوى لأفراد العلماء المعاصرين، كفتاوى مشايخ الأزهر والمفتين وكبار العلماء.

(١) انظر: نحو تأهيل اجتهادي لأعضاء هيئة الفتوى ص(٣٥).

ويبحث أيضًا في قرارات المجامع الفقهية وتوصيات المؤتمرات والندوات العلمية، التي تمثل الاجتهاد الجماعي، كما أسلفنا.

فضلًا عن البحث في الرسائل العلمية بالجامعات، وفي المجلات المحكمة المتخصصة، وفي الدراسات والمؤلفات المنشورة في دور النشر المختلفة، وغير ذلك من وسائل المعرفة.

وإذا لم يجد المفتي حكم المسألة التي ينظرها في كل ما سبق؛ فإن عليه أن يعيد النظر فيها من حيث موضوعها وما يترتب عليها من مصالح ومفاسد، ويعرضها على الأحكام التكليفية الخمسة، ويفترض كل حكم منها، ثم ينظر ما يترتب عليه، ويوازن بينها مُعملًا القواعد الفقهية العامة، ومراعيًا المقاصد العامة للشريعة حتى يهتدي إلى الحق فيها.

إذا استنفد المفتي جميع الخطوات السابقة ولم يهتد لحكم في المسألة توقف عن الإفتاء فيها؛ فإنه خير له من المجازفة دون أسس مقبولة.

والتوقف عن الإفتاء في بعض المسائل معروف ومنقول عن سائر الأئمة والفقهاء كأبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم.

ويحسن بالمفتي إذا توقف في مسألة أن يبين أسباب توقفه وتردده في الحكم[١].

وليحذر المفتي من فهم النصوص على غير وجهها الصحيح؛ فيأولها تأويلا غير مستقيم، كأن يخصص نصًّا وهو عام، أو يقيده وهو مطلق، أو يعزله عن سياقه وما ورد بشأنه، فهذا مما تزل فيه الأقدام، ويوقع في المهالك والطامات الجسام.

وأكثر ذلك يأتي من عدم التمكن من دراسة العربية وأساليبها، وكذلك من القصور في الإحاطة بقواعد استنباط الأحكام.

وقد يأتيه الخطأ من جهة أخرى كأن يلوي عنق النص ليتفق مع هوى يغلب عليه أو عصبية لمذهب أو اتجاه أو انتماء يسيطر عليه. وهذه آفة عظيمة تنأى بالباحث عن الحقيقة التي ينبغي عليه أن يتجرَّد لها حسب المعطيات والأدلة التي تظهر له، دون الانجراف وراء أية مؤثرات غير موضوعية. ونذكر في هذا قول الله تعالى: {يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةً فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ} [ص: ٢٦].

(١) راجع في هذه الخطوات: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص(٢٥- ٢٩)، ونحو تأهيل اجتهادي لأعضاء هيئة الفتوى ص(٣٥- ٤٢)، ومنهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٢٩- ٨٣١).

وليحذر المفتي كذلك من مخالفة الإجماع المتيقن، إما لجهل به أو غفلة عنه، وإما إعراضًا عنه. وقد قررنا وجوب العلم بمواطن الإجماع للمتصدي للإفتاء.

أو أن يستعمل القياس في غير موضعه، أو يقدم المصلحة على نصوص الشريعة؛ فإن المصلحة هي غاية الشريعة؛ ولذلك فإن المصلحة الحقيقية لا تخالف النصوص في دلالاتها القطعية؛ فالشارع الحكيم الذي أنزل النصوص التي جاءت بالمصالح ودلت عليها لا يجعلها تُعارِضُ مصلحةً حقيقيةً للناس. وما وُجد من ذلك فإنما هو ضلال الفكر أو نزعة الهوى أو التأثر بحال عارضة أو منفعة عاجلة أو مشكوك في وجودها[١].

سادسًا: مراعاة التيسير.

من أصول الفتوى الصحيحة الأخذ بما فيه تيسير على الناس وتحقيق لمصالحهم المعتبرة ما لم يكن في ذلك مخالفة للنصوص أو الإجماع أو القواعد الشرعية المقررة، مع عدم الإخلال بمقاصد الشريعة، ومع مراعاة سد ذرائع الفساد[٢]، وذلك عملًا بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: **((مَا خُيِّرَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بَيْنَ أَمْرَيْنِ إلا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ))**[٣].

ومن الأصول المقررة شرعًا أن الحرج مرفوع، وأن المشقة تجلب التيسير، وأنه لا تكليف بما لا يستطاع. وقد دعت الشريعة إلى التيسير والتخفيف في عدد من نصوص القرآن والسنة[٤]، منها قوله تعالى: {مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ} [المائدة: ٦]، وقوله صلى الله عليه وسلم: ((**يَسِّرُوا وَلا تُعَسِّرُوا**))[٥].

(١) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٣٨- ٨٤٠)، وراجع كذلك: ابن حنبل حياته وعصره- آراؤه وفقهه للشيخ محمد أبو زهرة ص(٣٥٦) ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، بدون تاريخ، والتيسير في المعاملات المالية ص(١٥٧).

(٢) راجع في ضوابط التيسير: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٢١ وما بعدها).

(٣) رواه البخاري في صحيحه: كتاب المناقب، باب صفة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم (٣٥٦٠)، ومسلم في كتاب الفضائل من صحيحه، باب مباعدته للآثام واختياره من المباح أسهله، رقم (٢٣٢٧).

(٤) راجع العديد من تلك النصوص في: التيسير في المعاملات المالية ص(٤٩- ٥٣).

(٥) رواه البخاري في كتاب العلم، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم، رقم (٦٩)، وفي الأدب، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((يسروا ولا تعسروا))، وكان يحب التخفيف واليسر على الناس، رقم (٦١٢٥)، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، رقم (١٧٣٤) من حديث أنس مرفوعًا.

سابعًا: مراعاة قواعد فقه الموازنات والأولويات.

لا شك أن مراعاة قواعد فقه الموازنات وفقه الأولويات يجعل المفتي يصدر الفتوى الصحيحة والمناسبة؛ فيراعي الموازنة بين المصالح والمفاسد، والمنافع والمضار، وبين درجات كل منهما فيراعي الأولى فالأولى بحسب حال السائل وظروفه وزمانه ومكانه.

ثامنًا: النظر إلى المآلات والمقاصد.

وهذا لا بد للمفتي منه؛ فتكون نظرته عامة وشاملة وثاقبة، يراعي فيها مآلات الأفعال، ومقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال؛ فقد اتفقت الشرائع السماوية كلها عليها، وما من حكم إلا ويرجع إلى تحقيق واحد أو أكثر من تلك المقاصد، سواءٌ أكان من الضروريات أم من الحاجيات أم من التحسينيات.

تاسعًا: فقه الواقع المحيط بالنازلة.

وفقه الواقع ركن أصيل في الإفتاء؛ وذلك لأن الفتوى تكون جوابًا لسؤال في نازلة؛ فهي مرتبطة ومتعلقة بالواقع، والفتاوى تتغير بتغير الظروف والأحوال والعادات والبيئات[١]؛ فمن المقرر أن المفتي عليه مراعاة الجهات الأربعة للفتوى، وهي الزمان والمكان والأحوال والأشخاص[٢].

ولذلك لا بد أن يكون المفتي على علم ودراية تامة بالواقع الذي يفتي فيه، عارفًا بأحوال الناس وعاداتهم وأساليب حياتهم وما قد يسلكونه من حيل ومكائد.

ومما يرتبط بهذا الشرط أن يكون المفتي عارفًا بالعلوم والمعارف السائدة في عصره وفي بيئته، مثقفًا بثقافة قومه وأهل بلده؛ ولهذا أثر كبير في أن تكون فتواه مناسبةً لواقعها وظروفها[٣].

والجهل بواقع الفتوى وملابساتها مزلق خطير لارتباط الفتوى بالواقعة المسئول عنها بملابساتها وظروفها.

(١) يراجع لذلك باستفاضة: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣ وما بعدها).

(٢) انظر: الإفتاء حقيقته وآدابه ومراحله ص(١٥).

(٣) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٠١).

ولذلك يجب أن تنزل الفتوى على الواقع الفعلي المسئول عنه، لا أن تكون كلامًا نظريًّا بعيدًا عن الممارسات الواقعية للمسألة محل النظر[١].

عاشرًا: مراعاة المواءمة مع قوانين الدولة ومؤسساتها وقرارات المجامع الفقهية.

مراعاة المؤسسة الإفتائية للتواؤم مع قوانين الدولة وبقية مؤسساتها، وكذلك قرارات المجامع الفقهية المعتبرة من الأمور بالغة الأهمية، والإخلال بها يؤدي إلى زعزعة الاستقرار وفقد الطمأنينة في الدولة ومؤسساتها؛ فليس من الخير ولا من الحكمة أن تسير كل مؤسسة في اتجاه غير عابئة ببقية المؤسسات، وكأنها لا يربطها رابط، ولا تجمعها دولة!

وعدم التواؤم يؤدي إلى اضطراب الأمور واختلاطها على الناس؛ مما يشكك العامة في مؤسسات الدولة؛ فتنهار في نفوسهم، ويظهر الطعن فيها ممن لا علم عندهم ولا حكمة، وكفى بذلك شرًّا مستطيرًا.

والواجب أن تتكاتف جميع مؤسسات الدولة وتتواءم وتتناغم وتتكامل في سبيل تحقيق المصالح العليا.

فالقانون هو الضمانة الوحيدة لحفظ النظام الاجتماعي داخل أي مجتمع، والمساس به يعد إيذانًا بالفوضى والانهيار.

ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: **((السُّلْطَانُ ظِلُّ اللهِ فِي الْأَرْضِ))**[٢].

وبدون سيادة القانون ستفقد جميع مؤسسات الدولة -ومنها المؤسسة الإفتائية- دورها ومكانتها، وتسود الفوضى، وينفرط العقد.

والنبي صلى الله عليه وسلم اجتمعت فيه جميع السلطات، وقد أسس دولة الإسلام الوليدة في عشر سنوات، ومن يخلفه عليه الصلاة والسلام في قيادة الأمة إنما تنتهي إليه جميع سلطاتها؛ فعليه أن يحسن سياستها، وعلى المسلمين أن يفقهوا معنى الدولة وقيمة النظام وغاياته العليا.

(١) انظر: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨٤٢).

(٢) رواه البيهقي وغيره، وسبق تخريجه.

حادي عشر: تكرار النظر عند تكرر الواقعة.

من الملامح المهمة كذلك لمنهج الاختيار الإفتائي القويم تكرار النظر إلى المسألة محل الفتوى عند تكررها؛ وذلك لأن الفتوى- كما مرَّ- تتغير بتغير الأشخاص والأحوال والزمان والمكان، فليس بالضرورة أن تأخذ الحكم نفسه، بل قد يختلف تبعًا لتغير معطياتها الأربعة.

ولذلك ينبغي على المفتي أن يكرر النظر في الفتوى عند تكرر الواقعة متبعًا في ذلك ما ذكرناه من منهج؛ فقد تطبق على واقعة معينة قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، و«الضرورة تقدر بقدرها»، و«الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة» على سبيل المثال، ولا تطبق على واقعة مشابهة؛ لاختلاف الحالين، وهكذا.

ومن نماذج الفتاوى المراعية للمنهج الصحيح للإفتاء مما يدعم سيادة القانون واحترامه:

فتوى دار الإفتاء المصرية بخصوص حكم بيع بضائع مهربة من الجمارك، ونصها: اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٤٠٤ لسنة ٢٠٠٤م المتضمن:

أخوان استقالا من أعمالهما ليقيما شركة بيع ملابس أطفال، ثم تبين لهما أن مبيعات الشركة في العام الأول ستقوم على إعادة بيع ملابس مستوردة يتم الحصول عليها من تاجر يهربها من الجمارك؛ فهل يعتبر عائد هذه الشركة حلالا أم حراما؟

وكان الجواب:

«يقول الله سبحانه وتعالى: {وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ} [البقرة: ٢٧٥] ما دام أن الأخوين المسئول عنهما يقومان بالبيع والشراء فيما أحله الله، وهو تجارة الملابس؛ فما يقومان به من بيع الملابس مستوردة كانت أو محلية فهو من البيوع المباحة شرعًا. أما كون التاجر الذي يشتريان منه هذه الملابس هو الذي يقوم بتهريبها من الجمارك فالمسئولية تقع على عاتقه وحده، والأفضل للأخوين أصحاب هذه الشركة أن يتحاشيا الشراء من تاجر يعرف عنه أنه يتهرب من رسوم الجمارك؛ لأن هذه الرسوم حق للدولة، ولا يجوز لأحد أن يتعامل مع هؤلاء التجار الذين يضيعون حق الدولة.

وفي واقعة السؤال: فإن الدخل الذي تم من عمليات سابقة حلال، على أنه يجب عليهما في قابل الأيام عدم الشراء من ذلك المهرب»[1].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٢٢-٣٢٣) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

ومنها أيضًا: فتوى دار الإفتاء المصرية بخصوص حكم إضافة أي مواد خارجة عن أصل اللبن إليه؛ حيث جاء فيها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ١٧٥٧ لسنة ٢٠٠٦م المتضمن:

أعمل في تبريد الألبان وتوريدها للشركات الكبرى لتصنيعه، وهذه الشركات تطلب حموضة معينة للبن- وهي ثلاثة عشر- وهي درجة حموضة اللبن عند الحلب، ولكن درجة الحموضة ترتفع إلى عشرين أو أكثر من زمن حلب اللبن وتوريده إليَّ من التجار، وحتى يأخذ اللبن درجة التبريد الكافية لتوريده للشركات، وهذا ما يجعل الشركات ترفضه؛ ولذا فإنني ألجأ إلى وضع مادة النشادر (الأمونيا) أو مادة الصودا الكاوية؛ لخفض نسبة الحموضة للنسبة المطلوبة، علمًا بأن جميع العاملين في هذا المجال يتبعون نفس الطريقة، وهذا بعلم من هذه الشركات، كما أنني أستلم بعض الألبان من العملاء وأنا أعلم أنها مغشوشة بنسبة مياه، وبها نسبة حموضة أعلى من المستوى المطلوب. فهل وضع هذه المواد مباح؟ وإذا كان مباحًا فما هي النسبة الجائز وضعها؟ وهل وضع الماء باللبن جائز؟

الجواب:

بعد مراجعة المختصين العلميين في هذا المجال واستشارة الأستاذ الدكتور رئيس شعبة بحوث الصناعات الغذائية والتغذية بالمركز القومي للبحوث أفاد أنه: من حيث الإباحة من عدمها فإن التشريعات والقوانين الرقابية والمواصفات القياسية المصرية والعالمية تجرِّم أي إضافات أو حدوث أي تغيرات في صورة اللبن، سواء باستخدام مواد ضارة بالصحة أو غير ضارة بها، وبأي نسب من شأنها أن تحدث تغيرًا في اللبن من ناحية خواصه الطبيعية أو الكيماوية التي أنتج عليها من ضرع الحيوان، وتضع عقوبة على مخالفة هذه التشريعات أقلها مصادرة اللبن، وتطلق على صورة هذه التدخلات المختلفة «غش اللبن».

ولمزيد من التوضيح فإن الصورة المصرح بتداول الألبان السائلة عليها هي:

- تعريف اللبن: «الإفراز الطبيعي للغدة اللبنية في الحيوانات الثديية، والتي لا تزيد الحموضة فيه عن ٠,١٦-٠,١٧٪ مقدرة كحمض لاكتيك».

ويوصف بالتركيب الكيماوي الآتي:

- الماء ٨٧٪.
- كربوهيدرات ٤,٥- ٥٪ «سكر اللبن- سكر اللاكتوز».
- الدهن ٣- ٣,٥٪ «لبن بقري»، ٥,٥- ٩٪ «لبن جاموسي».

- بروتين ٣,٣٪ «لبن بقري»، ٤,٥٪ «لبن جاموسي».
- المعادن «كالسيوم» ١٢٠ ملجم/لتر «لبن بقري»، ١٠٨ ملجم/لتر «لبن جاموسي».
- بالإضافة إلى بعض الفيتامينات والأملاح المعدنية الأخرى بنسب ضئيلة.

وهذه هي الصورة التي ألزمت التشريعات تداول اللبن السائل عليها مبردًا أو مبسترًا.

ولمزيد من الفائدة فإننا نورد حصرًا طرق الغش التي وردت بالمراجع العلمية، وكذلك التشريعات والمواصفات الوضعية، وهي:

١- تخفيفه بالماء أو نزع جزء من قشدته.

٢- إضافة اللبن الفرز إليه.

٣- إضافة النشا أو بعض المواد الرابطة إلى اللبن المخفف بالماء بقصد رفع لُزُوجته وإظهاره بمظهر أكثر دسامة.

٤- قد يضاف قليل من ملح الطعام أو السكر بقصد رفع قراءة اللاكتومتر؛ وبالتالي زيادة الوزن النوعي للبن.

٥- قد يضاف مادة ملونة، مثل الأناتو لإظهار اللبن الجاموسي المغشوش بمظهر اللبن البقري؛ لانخفاض معدلات اللبن الأخير عن الجاموسي.

٦- إضافة بعض المواد الحافظة مثل الفورمالين والبوراكس وفوق أكسيد الأيدروجين، أو بعض المواد القلوية، مثل كربونات أو بيكربونات الصوديوم، أو الصودا الكاوية، أو النشادر، أو بعض المضادات الحيوية.

٧- وقد يلجأ بعضهم إلى استرجاع اللبن المخفف وعرضه على أنه لبن طازج، أو يقوم بخلط جزء من اللبن المجفف مع اللبن الطبيعي.

إن هذه الوسائل المنتشرة لغش اللبن وغيرها من الوسائل التي لم تعرف بعد لا يمكن أن تكون مرغوبة أو مشروعة قانونًا، بالإضافة إلى ما يترتب عليها من كثير من المشاكل التي تتلخص فيما يلي:

١- المشاكل الصحية العديدة التي تنشأ عن غش اللبن، والتي تختلف باختلاف نوع الغش.

٢- انخفاض القيمة الغذائية للبن ومنتجاته.

٣- الصعوبات التي تظهر أثناء صناعة اللبن أو عند استخدامه في صناعة بعض المنتجات، كما يحدث عند استخدام لبن مضاف إليه إحدى المواد الحافظة أو الكيماوية أو مضادات حيوية في صناعة الألبان المتخمرة أو بعض أنواع الجبن.

الخلاصة:

أنه لا يجوز إضافة أي مواد خارجة عن أصل اللبن طبيعيًّا من الضرع، سواء أكانت ضارةً بالصحة أم غير ضارة بها وبأي نسب، وهذا وفق القوانين والتشريعات والمواصفات القياسية والرأي العلمي. انتهى تقرير المركز.

وعليه ولأن الغش عامة من المحرمات، وخاصة في الأطعمة وأقوات الناس وغذائهم عامة وغذاء أطفالهم خاصة؛ وذلك للأحاديث المتكاثرة الواردة في هذا الصدد، مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: ((**من غشنا فليس منا**))، وكان أبو هريرة رضي الله تعالى عنه قد مرَّ بناحية الحَرَّة -بالمدينة المنورة- فإذا إنسان يحمل لبنًا يبيعه، فنظر إليه أبو هريرة؛ فإذا هو قد خلطه بالماء، فقال له أبو هريرة: «كيف بك إذا قيل لك يوم القيامة: خَلِّص الماء من اللبن؟!». رواه البيهقي والأصبهاني بإسناد قال عنه المنذري في الترغيب والترهيب: لا بأس به.

لكل هذا ولغيره نرى عدم جواز إضافة الأمونيا وأمثالها مما يحافظ على حموضة اللبن عند حد معين، وعدم جواز إضافة الماء، وعدم جواز تغيير المركبات الطبيعية للبن عند بيعه لبنًا.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

وكذلك فتوى دار الإفتاء المصرية بشأن التجارة في الآثار الفرعونية، حيث ورد بها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٥٤ لسنة ٢٠١٤م المتضمن:

ما حكم التجارة في الآثار الفرعونية إذا وجدها شخص في بيته أو في حقله أو في الصحراء؟

الجواب:

نصَّ القانون المصري في المادة رقم (١) من قانون حماية الآثار رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣م على أنه يعتبر أثَرًا كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة، أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام، متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية، باعتباره مظهرًا من مظاهر الحضارات المختلفة التي قامت على أرض مصر، أو كانت لها صلة تاريخية بها، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٧٩-٣٨٣) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

والآثار الفرعونية التي يعثر عليها آحاد الناس في مصر يطلق عليها اسم «الركاز»، وقد ذهب الفقهاء الحنفية إلى أن الركاز اسم يطلق على ما كان ذا قيمة مدفونًا في باطن الأرض، سواء أكان بفعل المخلوق أم بفعل الخالق سبحانه وتعالى، فهو عندهم أعم من الكنز ومن المعدن[١].

فإذا كان الركاز عليه علامات تدل على أنه يرجع إلى الجاهلية، أو كان خاليًا عن العلامات، أو كانت العلامات مشكوكًا فيها، فلم تدل بغالب الظن على أنه لأحد من المسلمين أو الذميين، فذلك الركاز إن وجد في أرض مملوكة فإنه يخرج منه الخمس زكاة، ويكون باقيه للمالك الذي خصه ولي الأمر بتملك تلك الأرض عند أول فتحها بالإسلام، ومن بعده تكون لورثته، وإن لم يكن له وارث فإن الركاز حينئذ يعود أمره إلى ولي الأمر؛ فيكون ملكًا لبيت المال، وكذلك أيضًا يعود إلى بيت المال على الأوجَه في المذهب إن كان له وارث غير معروف[٢].

وأما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فإن الركاز عندهم هو عبارة عن دفين الجاهلية خصوصًا على تفصيل عندهم في ذلك.

فيرى المالكية أن الركاز عبارة عن دفن جاهلي: أي مال مدفون كان يمتلكه شخص جاهلي، وفسروا مرادهم بالجاهلي أنه غير المسلم والذمي، فيشمل من كان قبل الإسلام ومن كان بعده.

وقالوا بأن من حفر قبور الجاهلية في أرض مملوكة فعثر فيها على مال؛ فإنه يعتبر ركازًا يجب إخراج الخمس منه، وما تبقى منه يكون لمالك الأرض التي وجد فيها هذا المال، بشرط أن يكون قد امتلكها بإحياء أو بإرث ممن أحياها، لا بشراء ولا بهبة، فإن كانت الأرض فتحت عنوة كان باقي الركاز للجيش؛ وإلا فلورثة الجيش، وإلا فلبيت المال وعموم المسلمين، وأما إن كانت فتحت صلحًا فجميع ركاز الأرض يكون للمصالحين بلا تخميس، ثم لورثتهم، فإن انقرضوا كان الركاز كالمال الذي لم يعرف صاحبه[٣].

ويرى الشافعية أن الركاز عبارة عن دفين الجاهلية وأموالها من النقدين الذهب والفضة، وفسروا الجاهلية بأنها ما كان قبل مبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ويعتبر في كون الدفين الجاهلي ركازًا ألا يعلم أن مالكه بلغته الدعوة، فإن علم أنها بلغته وعاند ووجد في بنائه أو بلده التي أنشأها كنز فليس بركاز، بل فيء[٤].

(١) انظر: تبيين الحقائق ١/ ٢٨٧-٢٨٨، ط. دار الكتاب الإسلامي، فتح القدير ٢/ ٢٣٥، ط. دار الفكر.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/ ٣٢٢-٣٢٣، ط. دار الكتب العلمية.

(٣) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل ٢/ ٨١، ط. دار الفكر.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/ ١٠٣، ط. دار الكتب العلمية، أسنى المطالب ١/ ٣٨٦، ط. دار الكتاب الإسلامي.

ويرى الحنابلة أن الركاز هو الكنز من دفن الجاهلية، أو من تقدم من كفار في الجملة عليه أو على بعضه علامة كفر[١]. ولا يشترط فيه أن يكون من النقدين، بل يكون من أي نوع من المال قل أو كثر[٢].

والمفتى به أن انتقال ملكية الأرض من المالك الأول عند الفتح إلى المالك الحالي لا يستتبع انتقال ملكية الركاز المدفون في الأرض ما لم يكن المالك الحالي أحد ورثة المالك الأول، وإذا عدم انتقال ملكية الركاز للمالك الحالي مع التأكد من تعذر الوصول إلى المالك الأول وورثته، فمن ثَمَّ يكون ذلك الركاز مملوكًا لعموم المسلمين أو لبيت المال، ويصير لقطة يجب ردها إليه.

بل لا تثبت الملكية حتى في حالة ثبوت أنه من ورثة المالك الأول- وهو مستبعد من حيث الواقع- بناءً على ما يلي:

١- أن الآثار مظنة التنازع لدوامها واستمرار الانتفاع بها؛ من جهة ما تقدمه من فائدة تاريخية وقيمة حضارية، وما تدره من دخل مالي نتيجة إقبال المهتمين والدارسين من شتى أنحاء العالم لمشاهدة تلك الآثار التاريخية ودراستها، فتنزل منزلة المعادن في أن حكمها راجع إلى ولي الأمر، ولو كانت قد وجدت في أرض مملوكة لمعين؛ لأنها مظنة التنازع لدوامها واستمرار الانتفاع به، وهذا هو ما قرره الفقهاء المالكية[٣].

٢- أن الآثار تعتبر من الأموال التي يتضرر مجموع الأمة لو اقتصر تملكها على بعضهم، وتصرف فيها بما لا يحقق المصلحة العامة، فمثلها في ذلك كالماء العِدّ -وهو الماء الدائم الذي لا انقطاع له، كماء العيون- والمعادن وما لا يستغنى عنه؛ لما لها من قيم تاريخية وحضارية وعلمية واقتصادية تصب جميعها في مصلحة المجتمع ونمائه وتقدمه.

وقد روى أبو داود وغيره عن أبيض بن حمَّال رضي الله عنه أنه وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فاستقطعه الملح الذي بمأرب، فقطعه له، فلما أن ولَّى قال رجل من المجلس: أتدري ما قطعتَ له؟ إنما قطعتَ له الماء العِدَّ، قال: فانتزع منه.

٣- ما تقرر من أن حكم الحاكم يرفع الخلاف في مسائل الاجتهاد المختلف فيها[٤]. وقد اعتبر القانون المصري الآثار التي يعثر عليها في أرض مصر من الأموال العامة التي لا يجوز للفرد تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها بغير تصريح من الدولة، سواء عثر عليها في أرض تملكها الدولة أو يملكها الأفراد.

(١) انظر: مطالب أولي النهى ١/ ٤٢٦، ط. عالم الكتب.

(٢) انظر: الإنصاف ٣/ ١٢٣، ط. دار إحياء التراث العربي.

(٣) انظر: منح الجليل ٢/ ٧٨، ط. دار الفكر.

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٢/ ١٠٣، ط. عالم الكتب، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/ ٦٩، ط. وزارة الأوقاف الكويتية.

جاء في المادة (٦) من القانون المذكور: «على أن جميع الآثار تعتبر من الأموال العامة -عدا ما كان وقفًا- ولا يجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات المنفذة له».

وجاء في المادة (٢٤) منه أنه «على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول، أو يعثر على جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه، وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة؛ وإلا اعتبر حائزًا لأثر بدون ترخيص، وعلى السلطة المذكورة إخطار الهيئة بذلك فورًا، ويصبح الأثر ملكًا للدولة، وللهيئة إذا قدرت أهمية الأثر أن تمنح من عثر عليه وأبلغ عنه مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة».

وقد قررت المادة (٣٢) أنه لا يجوز لغير هيئة الآثار المصرية مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحت الإشراف المباشر للهيئة عن طريق من تندبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين وفقًا لشروط الترخيص الصادر منها.

هذا ونصت المادة (٤٥) من قانون حماية الآثار الجديد على أن من جاوز متعمدًا شروط الترخيص له بالحفر الأثري، أو اقتنى أثرًا وتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تزيد على خمسين ألف جنيه.

أما إذا أجرى أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص، أو اشترك في ذلك؛ فقد نصت المادة (٤٤) من هذا القانون بأنه يعاقب بالسجن المشدد، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه، ولا تزيد على مائة ألف جنيه.

ومما سبق يتبين أن جميع الآثار من الناحية القانونية تعد من الأموال العامة، وعلى اصطلاح الفقهاء تعتبر ملكًا لبيت مال المسلمين، ولولي الأمر دون غيره حق التصرف فيها بما يعود بالنفع العام على أفراد المجتمع؛ لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، كما هو مقرر في قواعد الفقه الإسلامي[١].

ومن المقرر شرعًا أنه لا سائبة في الإسلام، وأنه ليس هناك مال يبقى بلا صاحب، فالمال الذي لم يعرف له صاحب أو وارث يكون محله بيت المال؛ لينفق على مصالح الأمة وتلبية حاجات المجتمع، فقد روى أبو داود وابن ماجه -واللفظ له- عن المقدام أبي كريمة -رجل من أهل الشام من أصحاب

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٠٩، ط. وزارة الأوقاف الكويتية، والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢١، ط. دار الكتب العلمية.

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ((**من ترك مالًا فلورثته، ومن ترك كَلًّا فإلينا**))، وربما قال: ((**فإلى الله وإلى رسوله**))، ((**و أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه**)).

قال العظيم آبادي في عون المعبود: «((وأرثه)) أي من لا وارث له، قال القاضي رحمه الله: يريد به صرف ماله إلى بيت مال المسلمين فإنه لله ورسوله»[١]. أهـ.

ومن كل ما سبق توضيحه يتبين أنه لا يجوز المتاجرة بالآثار أو التصرف فيها بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات، ولو وجدها الإنسان في أرض يمتلكها إلا في حدود ما يسمح به ولي الأمر، وينظمه القانون مما يحقق المصلحة العامة.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[٢].

ودلائل ذلك كثيرة في فتاوى دار الإفتاء المصرية وغيرها.

(١) ٨/ ٧٦، ط. دار الكتب العلمية.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ١٠٨-١١٣) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

المبحث الثالث

دور المؤسسات الإفتائية في التأصيل الشرعي للقوانين

من الأدوار المهمة للمؤسسات الإفتائية القيام بالتأصيل الشرعي للقوانين وبيان مدى موافقتها للشريعة الإسلامية ومذاهبها الفقهية.

ونجد مثال ذلك في دار الإفتاء المصرية؛ حيث تقوم بالتأصيل الشرعي لما يصدر من تقنينات حين يطلب منها المقنن ذلك؛ حيث تبين المستند الشرعي للمادة القانونية، وتقوم بالرد على من يدعي عدم وجود مستند شرعي لها.

وهذه المهمة أصبحت في مصر الآن منوطة بدار الإفتاء المصرية بحكم تخصصها وإلمامها بالمذاهب الفقهية وما فيها من الآراء والاختلافات، والوقوف على الراجح والمرجوح من ذلك، ومستند كل قول؛ حيث لا يمكن للقضاة والقائمين على التقنين القيام بذلك على الوجه الذي تضطلع به دار الإفتاء المصرية والعاملون بها.

وهذا ليس قاصرًا على مصر وحدها، بل عملت جميع الدول العربية والإسلامية التي تنص دساتيرها على كون الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريع بها على إنشاء هيئات مستقلة تقوم بدور التوجيه للسلطة التشريعية والقضائية إلى ما يوافق الشريعة.

ويعتبر هذا توسعًا في الدور الذي تقوم به دور الإفتاء وتلك الهيئات الشرعية عما كانت تقوم به في الماضي[١].

وقد كانت دار الإفتاء المصرية سبَّاقةً في هذا المجال؛ فقدمت العديد من الدراسات الشرعية فيما عرض عليها من المحاكم المصرية.

ومن ذلك: التأصيل الشرعي لعدد من المواد القانونية التي ادعى البعض مخالفتها للشريعة الإسلامية، ومنها:

بيان أن متعة المطلقة بعد الدخول مأخوذة من المذهب الشافعي، وتوضيح أدلة هذا القول.

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٥).

بيان أن المنع من سماع الدعوى له أصل شرعي، وأنه لا يعني سقوط أصل الحق.

بيان أن نسبة قول إلى مذهب معين ليست قاصرة على ما هو منصوص عليه في المذهب فقط، بل تشمل الأقوال المخرَّجة عليه.

ومن ذلك أيضًا: بيان الراجح من مذهب الحنفية فيما لا نص فيه من مسائل الأحوال الشخصية، والتي أحالت إليه المادة الثالثة من مواد الإصدار بالقانون رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م)، والتي تنص على أنه «تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة».

ومن ذلك: ما قامت به دار الإفتاء المصرية بناءً على طلبات المحاكم المصرية من بيان الحكم الشرعي وبيان مستنده، ومدى انطباقه على حالة الدعوى المنظورة وأطرافها، وبيان مقصود الشارع من الحكم وكيفية تطبيقه بما يحقق المقصود.

ومن هذا القبيل: الفتوى المقيدة برقم (٣٩٧) لسنة (٢٠١٨م) ردًّا على خطاب إحدى محاكم الاستئناف، والذي كان مضمونه: هل يكفي في الرجعة قول الرجل بيمينه أم لا؟ وهل يصح في الرجعة أن تكون شفوية حتى إذا كان الطلاق كتابة؟ وهل يشترط في الرجعة رضا الزوجة وعلمها أم لا؟

وهي تتعلق بالمادة رقم (٢٢) من القانون رقم (١ لسنة ٢٠٠٠م) التي تنص على أنه «مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يومًا لمن تحيض وتسعين يومًا لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملًا أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة».

وقد بينت الفتوى المستند الشرعي لهذه المادة فيما نصه: «والمقرر عند الإمام أبي حنيفة أنه إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته، وكانت العدة قائمة صدق في قوله، سواء صدقته المرأة أم كذبته؛ لأنه يملك إنشاء الرجعة في الحال، والقاعدة الشرعية: أن من حكى أمرًا يملك إنشاءه في الحال صُدِّق فيما حكاه.

أما إذا ادعى الرجعة بعد خروجها من العدة؛ فإن صدقته ثبتت الرجعة بتصادقهما كما يثبت الزواج، وإن كذبته ولم تكن له بينة فإن الرجعة لا تثبت، ويكون القول للمرأة بلا يمين.

قال العلامة المرغيناني في الهداية شرح بداية المبتدي: «وإذا انقضت العدة فقال: كنت راجعتها في العدة؛ فصدقته فهي رجعة، وإن كذبته فالقول قولها؛ لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال؛ فكان متهمًا، إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله»[١].

وقد سلك القانون المصري مسلكًا دقيقًا لإثبات حصول الرجعة إذا ادعاها الزوج بعد انتهاء العدة؛ وذلك حفظًا للحقوق، وحتى لا تظل المرأة رهينة برغبة الرجل، بحيث يدعي الرجعة متى شاء، وهو مسلك تنظيمي لا يخالف الشرع، ولم يخرج عما قرره فقهاء الحنفية»[٢].

ومن هذا القبيل كذلك: الفتوى رقم (٣٧٣) لسنة (٢٠١٧م) المتضمنة طلب محكمة شمال القاهرة الابتدائية فتوى من دار الإفتاء المصرية بشأن تصرف الأخت الشقيقة وهي على قيد الحياة في تركتها الموروثة عن والدتها إلى بناتها الثلاثة بغرض حرمان الأخ الشقيق من ميراثها بعد وفاتها، وطلب إبداء الرأي الشرعي في بيان مطابقة نص المادة رقم (١٣١، الفقرة الثانية) من القانون المدني (رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م) التي جاء فيها: «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون» للشريعة الإسلامية من عدمه.

وقد جاء في رد دار الإفتاء ما يلي: «من المقرر شرعًا أن هناك فارقًا بين ما يملكه الإنسان حال حياته، والذي له الحق في مطلق التصرف فيه عند كمال أهليته بسائر أنواع العقود والتصرفات، بحيث تسري في حقه وحق الخلف العام والخاص وحق الكافة إذا صدرت على وجه صحيح، وبين ما يتركه بعد وفاته، والذي هو التركة التي يخلفها بعد وفاته من أموال أو حقوق مالية أو عينية. وتصرف الإنسان في ماله حال حياته بالبيع أو الهبة أو غيرها من التصرفات لا يصح أصلًا أن يسمى تصرفًا في الميراث، فضلا عن أن يكون حرمانًا للوارث من ميراثه، بدعوى أنه سيرثه إذا مات؛ لأن الآجال بيد الله تعالى، ولا يُعرف الوارث من المورِّث إلا بوفاة أحدهما، ولا يوصف المال بأنه ميراث أو تركة حتى يموت صاحبه، فإذا مات انقطع تصرفه فيه إلا فيما أوصى به في حدود ثلث التركة، ولا يقبل قوله قبل الوفاة في حرمان وارث أو نقصانه أو زيادته أو توريث أجنبي، وليس لأحد أن يمنع أحدًا من التصرف في ماله حال حياته بدعوى أن تصرفه حرمان للورثة من الميراث، ولو صح ذلك لحجر على الناس في أموالهم وتصرفاتهم من غير موجب، وهو ما لا يقبله عقل ولا يقره نقل».

(١) الهداية شرح البداية، مع شرحه العناية (٤/ ١٦٣) ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ.

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٦).

ومما جاء فيه: «وبناءً على ذلك وفي واقعة الدعوى: فما قامت به المدعى عليها الأولى من التصرف فيما كانت تملكه لبناتها الثلاثة هو تصرف صحيح وجائز شرعًا، وهو حسب ما يدل عليه ظاهر العقود المقدمة تصرف ناجز في مالها، لا علاقة له بالتركة، وليس تصرفًا في إرث ولا تحايلًا على أحكام الميراث، ولا علاقة له بنص المادة (١٣١ فقرة ثانية) من القانون المدني، ولا مخالفة فيه لقانون المواريث ولا لأحكامه»[(١)].

ومن ذلك أيضًا: الفتوى رقم (٤٣٨) لسنة (٢٠١٩م) التي بينت مستند قانون الميراث في المادة الخامسة منه فيما يعتبر قتلًا مانعًا من الميراث، وهو مذهب الإمام مالك، حيث نصت الفتوى على أنه: «المقرر في فقه الإمام مالك أن القتل عنده قسمان: عمد وخطأ، ولا واسطة بينهما، وأن القتل شبه العمد يدخل في العمد على المشهور ما يقابل الخطأ، كما عليه مذهب المالكية؛ فالعمد عندهم يشمل العمد وشبه العمد عند الجمهور، وهو يتحقق عند المالكية بمجرد الاعتداء المفضي إلى الموت، وإن لم يكن يقصد القتل أصالةً، أيًّا ما كانت الآلة المستخدمة في القتل»[(٢)].

ومن ذلك أيضًا: الفتوى رقم (٦٢) لسنة (٢٠١٨م) المطلوب فيها بيان الحكم في تنازل المدعية في دعوى خلع عن الدعوى قبل صدور حكم المحكمة، وذلك بعد تسليم وكيل المدعى عليه بالطلبات.

وقد جاء بالفتوى ما نصه: «والأصل أن يكون اللفظ في الخلع من الزوج؛ إذ هو صاحب الحق الأصيل في ذلك، فلما أجاز القانون المصري أن يحكم القاضي بالخلع أقام لفظه مقام لفظ الزوج رفعًا للضرر عنها، والقبول المعتبر من القاضي هو صدور حكم بالخلع، أما قبل ذلك فلا يعتبر قبول القاضي قد اتصل بإيجاب الزوجة».

كما جاء فيها: «وقال العلامة ابن عابدين في رد المحتار على الدر المختار: «(قوله: والخلع يكون ... إلخ) في الجوهرة: ألفاظ خمسة: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف.. ويزاد عليه ما ذكره المصنف من لفظ البيع والشراء (قوله: كبعت نفسك)»[(٣)]. ولما كان القانون المصري لم يحدد لفظًا للخلع؛ فإنه يرجع في هذا الأمر إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، طبقًا لنص المادة الثالثة من مواد الإصدار للقانون (١ لسنة ٢٠٠٠م) وبذلك لا يكون مجرد التسليم بالطلبات من الألفاظ التي يقع بها الخلع طبقًا لأحكام المذهب الحنفي وما أخذ به القانون المصري»[(٤)].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٧).

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٨).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤٣).

(٤) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٩- ٢١٠).

ومن هذا القبيل كذلك: فتوى دار الإفتاء المصرية جوابًا لطلب إحدى محاكم استئناف الأسرة حول ميراث سيدة تحولت إلى رجل، رغم أنها لا تحمل صفات الذكورة الكاملة، مع زيادة هرمونات الذكورة. وقد جاء فيها ما نصه: «وعمليات تصحيح الجنس يترتب عليها أثر شرعي إذا كان الغرض منها هو إظهار الجنس الحقيقي لمن ستجرى له العملية، وإزالة ما قد يكون سببًا في طمر أعضاء جنسه الحقيقي، أما محاولة محاكاة الجنس الآخر عن طريق طمس الأعضاء الجنسية الخَلْقية الأصلية، ومحاولة مضاهاة الأعضاء الخاصة بالجنس الآخر مع تغيير المظهر الخارجي ليشبه الجنس الآخر فلا يترتب عليها أي أثر؛ إذ إن الشخص لم يتحول إلى الجنس الآخر حقيقة، ولم يكتسب صفاته البيولوجية، ولا عبرة بأن الشكل الخارجي لمثل هذا الشخص قد يخدع الإنسان فيظن الذكر أنثى أو العكس»[١].

ومنه أيضًا: فتوى دار الإفتاء المصرية بشأن استضافة الأب غير الحاضن لأبنائه، حيث ورد بها «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٢٢ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة استئناف المنصورة باستخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية عن شرعية استضافة الأب غير الحاضن لأبنائه.

الجواب:

الحضانة وتنظيمها إنما هي وسيلة لحماية المحضون ورعايته والقيام بحقوقه والعناية بشئونه، حتى إن الحاضنة إذا أرادت إسقاط الحضانة لا تسقط، وكل هذا حتى لا يضيع المحضون، الذي هو الغاية والمقصد من تنظيم شئون الحضانة، فليست الحضانة ساحة لكيد المطلِّق ضد مطلقته، أو لمكر المطلقة بمطلقها على حساب مصلحة المحضون، بل هي ولاية للتربية غرضها الاهتمام بالصغير وضمان مصلحته والقيام على شئونه، وقد أناطها الشرع الشريف بالأمن على المحضون في شخصه ودينه وخلقه، ومن جهة أخرى فهي مجال جيد لتعويد النفس على العطاء والبذل وإنكار الذات.

والقانون المنظم للحضانة والمستقى من الشريعة الغراء مقصده تحقيق هذا الغرض، ويدندن حول هذا الهدف، فعندما لا تسعف حرفية القوانين في تحقيق هذا المطلوب تبقى روح القانون مطية للقاضي المتمكن المتشبع بأغراض الشارع ومقاصده للوصول إلى ذلك المطلوب.

يقول المستشار أحمد نصر الجندي في «الأحوال الشخصية في الإسلام» (ص٦٨- ٦٩، ط. دار المعارف): «والذي عليه العمل أن في الحضانة حقوقًا ثلاثة: حق المحضون، وحق الحاضنة، وحق الأب، فإذا أمكن التوفيق بينها ثبتت كلها، وإن تعارضت قُدِّمَ حق الصغير، بدون التفات إلى حق الأب أو الحاضنة؛ لأن حق الصغير في الرعاية أقوى من حقهما؛ فيقدم دائمًا، ولذلك ينصح الفقهاء القاضي أن يتدبر الأمر ويقدر الوقائع، وأن يكون بصيرًا بطبائع الخصوم، ذا خبرة بالحوادث وحكمة في تطبيقها؛ حتى لا يضيع الولد بين الأب والحاضنة». أهـ

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٠- ٢١١).

وبناءً على ذلك فإنه يجوز للقاضي أن يسمح للأب باستضافة المحضون في الأيام المناسبة لذلك، كيوم في الأسبوع، ومدة مناسبة في إجازتي نصف العام الدراسي ونهايته، وأعياد السنة المختلفة إذا أذنت الحاضنة في ذلك، حسبما يراه محققًا للمصلحة والعدل في ذلك كله؛ فعند القاضي من الصلاحية المخوَّلة له ما يجعله يقضي بذلك، وهو مرتاح الضمير مطمئن البال، ما دام الهدف من ذلك هو تحقيق المنشود من شريعة الحضانة المحكمة، ورعاية المحضون على الوجه الأكمل.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ومثلها الفتوى المقيدة برقم ٣٤ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن طلبُها تصريح محكمة العمرانية لشئون الأسرة باستخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية عن موقف الشريعة الإسلامية من حق الأب والجدة لأب في استضافة الأبناء الذين هم في حضانة الأم بعد الطلاق[٢].

ومن ذلك أيضًا: السؤال الذي ورد إلى دار الإفتاء المصرية، ونصه: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٩٢٦ لسنة ٢٠٠٤م المتضمن: بيان الحكم الشرعي في مدى جواز تعيين المرأة في وظيفة مأذون من الناحية الشرعية.

الجواب:

ذهب الفقهاء إلى أن الحاكم له أن يزوِّج بدلًا عن الولي عند فقده أو غيابه، حتى قالوا: الحاكم ولي من لا ولي له.

ومعلوم أن المأذون إنما قد أُذِنَ من الحاكم -ولي الأمر أو القاضي- فهو يقوم مقامه، وبذلك لا يقتصر عمل المأذون على التوثيق فقط، بل يمتد في بعض الأحيان إلى بعض أعمال الولاية.

ولما كان أصل الاعتماد في الديار المصرية لضبط الأحوال الشخصية وأحكامها الشرعية مبنيًّا على الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان رضي الله تعالى عنه، ولما كان المقرر في ذلك الفقه أن للمرأة الرشيدة أن تزوج نفسها وأن تزوج غيرها وأن توكل في النكاح؛ لأن التزويج خالص حقها، وهي عندهم من أهل المباشرة، كبيعها وباقي تصرفاتها المالية؛ وذلك لأن الله أضاف النكاح والفعل إليهن، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها في قوله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ} [البقرة: ٢٣٤]، وفي قوله تعالى: {فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ} [البقرة: ٢٣٢]، وفي قوله تعالى: {حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ} [البقرة: ٢٣٠]، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((**الأيِّم أحق**

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٤٠- ٢٤١) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٢) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٤٩- ٢٥٠) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

بنفسها من وليها))، وكذلك ما أخرجه البخاري: ((**أن خنساء بنت خذام أنكحها أبوها وهي كارهة؛ فردَّ النبي صلى الله عليه وسلم**)).

وما روي من أن امرأة زَوَّجت بنتها برضاها؛ فجاء الأولياء فخاصموها إلى علي رضي الله عنه، فأجاز النكاح. وما روي أن عائشة رضي الله عنها زَوَّجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير.

فما دامت المرأة في ذلك الفقه لها الولاية على نفسها وعلى غيرها؛ فيجوز أن يأذن لها القاضي بإنشاء عقد النكاح إذا احتاج إليها كولي، ومن باب أولى أن يأذن لها بتوثيقه؛ لأن التوثيق يرجع إلى العدالة والمعرفة، وهما يتوافران في المرأة العدل العارفة، وهذا من قبيل الحكم الشرعي.

على أنه ينبغي لولي الأمر إذا أراد أن يصدر قانونًا بذلك الحكم الشرعي أن يراعي ملاءمة ذلك للواقع المعيش بنواحيه المختلفة بحساب المنافع والمضار التي ترتب على ذلك.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

ومنه أيضًا: السؤال الوارد بشأن تولي المرأة القضاء والمناصب السياسية، ونصه: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٨٣٢ لسنة ٢٠٠٤م المتضمن السؤال عن حكم الشرع في تولي المرأة المناصب السياسية الآتية:

١- حق الترشيح والانتخاب لمجلسي الشعب والشورى كأعضاء أو كرئيس للمجلس، وما يقابله في كل الأنظمة السياسية الأخرى من مجالس تمثل الأمة وأفراد الشعب.

٢- حق تولي منصب القضاء الجنائي أو الدستوري أو الإداري، ومنصب المدعي العام، ووكلاء النيابة، وكل ما يشمل السلطة القضائية من قاع الهرم حتى أعلاه.

٣- حق تولي المناصب التنفيذية، وتشمل المناصب السياسية كافة، مثل الوزارة كالدفاع والخارجية، والثقافية وتشمل أيضًا منصب رئاسة الوزراء.

٤- حق تولي منصب رئاسة الجمهورية أو ما يقابله في الأنظمة السياسية الأخرى التي لا تعتمد منصب الرئاسة، كرأس الدولة أو الهرم السياسي.

مع العلم أن القانون الدولي أقر للمرأة حق تولي كل المناصب المذكورة دون تفريق، وأقرته غالبية دول العالم، ما عدا السعودية والكويت حتى هذا التاريخ.

---

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٢٤٣- ٢٤٥) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

الجواب:

إن الإسلام ساوى بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، إلا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة لكل منهما، فهو قد أعطى المرأة حقوقها كاملة، وأعلى قدرها ورفع شأنها، وجعل لها ذمة مالية مستقلة، واعتبر تصرفاتها نافذة في حقوقها المشروعة، ومنحها الحق في مباشرة جميع الحقوق المدنية، ما دامت تتناسب مع طبيعتها التي خلقها الله عليها، وإذا كانت الحقوق السياسية بمفهومها الشائع تعني حق الانتخاب والترشيح وتولي الوظائف العامة، فإن مبادئ الشريعة لا تمانع في أن تتولى المرأة هذه الأمور ما عدا وظيفة رئيس الدولة؛ فإنه لا يجوز للمرأة أن تكون رئيسًا للدولة؛ لأن من سلطاته إمامة المسلمين في الصلاة شرعًا، وهي لا تكون إلا للرجال.

وعلى ذلك فيجوز للمرأة الترشيح في الانتخابات لعضوية مجلس الشورى والمجلس النيابي، طالما أنها تستطيع التوفيق بين العمل في هذه المجالس وبين حق زوجها وأولادها وأصحاب الحقوق عليها إن وُجِدُوا، وطالما كان ذلك في إطار أحكام الإسلام الأخلاقية، بعيدًا عن السفور والتبرج والخلوة غير الشرعية.

فانتخابها لغيرها يكون من باب الشهادة المتاح لها القيام بها شرعًا، وانتخاب غيرها لها يكون من باب تحقيق المصلحة العامة.

وأصل هذا الحق في بيعة النساء؛ فقد عاهدوه صلى الله عليه وسلم على نصرة الدين في أنفسهن، وأشار إلى ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ يُبَايِعۡنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشۡرِكۡنَ بِٱللَّهِ شَيۡـٔٗا وَلَا يَسۡرِقۡنَ وَلَا يَزۡنِينَ وَلَا يَقۡتُلۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ وَلَا يَأۡتِينَ بِبُهۡتَٰنٖ يَفۡتَرِينَهُۥ بَيۡنَ أَيۡدِيهِنَّ وَأَرۡجُلِهِنَّ وَلَا يَعۡصِينَكَ فِي مَعۡرُوفٖ فَبَايِعۡهُنَّ وَٱسۡتَغۡفِرۡ لَهُنَّ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ} [الممتحنة: ١٢]. وكذلك في استشارة النبي صلى الله عليه وسلم زوجته أم سلمة رضي الله عنها في صلح الحديبية، وما وجهت به أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما ابنها عبد الله بن الزبير في قيامه من أجل الإسلام.

وأصل حق المرأة في المشاركة السياسية نراه في موقف أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها من النزاع القائم بين الإمام علي كرم الله وجهه والصحابي الجليل معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما؛ فقد تدخلت وقالت برأيها في الخلاف القائم بينهما، وذهبت بنفسها لتصلح بينهما في ميدان القتال، غير أن الله قدر هذا القتال[١].

(١) انظر: مروج الذهب للمسعودي، الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨م جـ١ صـ٣٧٩، الكامل في التاريخ لابن الأثير، الطبعة الأولى جـ٣ صـ١١٩، تاريخ الطبري، طبعة دار المعارف جـ٤ صـ٤٦٢، أخبار النساء لابن قيم الجوزية، طبعة بيروت صـ٣٢، مكانة المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية، طبعة دار القلم- الكويت صـ١٦٣.

وفي واقعة السؤال وبناءً على ما سبق فإنه يجوز للمرأة المشاركة في الحياة العامة اجتماعية كانت أو سياسية، طالما كانت هذه المشاركة في حدود الآداب الشرعية، ولم تؤد إلى إهمال في حقوق بيتها وأسرتها تصديقًا لقوله تعالى: {وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ} [التوبة: ٧١].

كما أن لها أن تتولى جميع المناصب الاجتماعية في الوزارات المختلفة، طالما كانت هذه الوظائف تتفق مع طبيعتها، واختارها ولي الأمر لذلك.

أما بالنسبة لرئاسة الدولة فلا يجوز لها تولي هذا المنصب عند جماهير العلماء.

وبالنسبة لتوليها منصب القضاء؛ فجمهور الفقهاء يشترط في القاضي الذكورة؛ لقوله تعالى: {ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ} [النساء: ٣٤].

ويرى أبو حنيفة رضي الله عنه جواز تولي المرأة القضاء في غير الحدود؛ لأنه تصح شهادة المرأة في غير الحدود، والقضاء مبني على الشهادة، وشروطه شروطها. وحكي عن ابن جرير الطبري أنه لا يشترط الذكورة في ولاية القضاء؛ لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية؛ فيجوز أن تكون قاضية، وبه نفتي.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ومثلها الفتوى الواردة جوابًا على الطلب المقيد برقم ٢٧٢٧ لسنة ٢٠٠٥م بشأن حكم ترشيح المرأة لعضوية مجلس الشعب[٢].

ومنه كذلك الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية بخصوص حكم التأمين على الحياة، حيث ورد بالطلب المقيد برقم ٤٠٤ لسنة ٢٠٠٤م السؤال: هل التأمين على الحياة حلال أم حرام؟

فجاء الجواب:

«سبق لدار الإفتاء المصرية أن أجابت عن ذلك في فتواها رقم ٥٢٠ بتاريخ ٢٠ محرم سنة ١٤١٧هـ الموافق ٢٧ مايو ١٩٩٧ كما يأتي:

لما كان التأمين بأنواعه المختلفة من المعاملات المستحدثة التي لم يرد بشأنها نص شرعي بالحل أو بالحرمة -شأنه في ذلك شأن معاملات البنوك- فقد خضع التعامل به لاجتهادات العلماء وأبحاثهم المستنبطة من بعض النصوص في عمومها، كقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ} [المائدة: ٢]، وكقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٢٤٩-٢٥٢) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

(٢) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٢٥٣-٢٥٦) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

((مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى)). رواه البخاري، إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة الواردة في هذا الباب.

والتأمين على ثلاثة أنواع:

الأول: التأمين التبادلي: وتقوم به مجموعة من الأفراد أو الجمعيات لتعويض الأضرار التي تلحق بعضهم.

الثاني: التأمين الاجتماعي: وهو تأمين من يعتمدون في حياتهم على كسب عملهم من الأخطار التي يتعرضون لها، ويقوم على أساس فكرة التكافل الاجتماعي، وتقوم به الدولة.

الثالث: التأمين التجاري: وتقوم به شركات مساهمة تنشأ لهذا الغرض.

والنوع الأول والثاني يكاد أن يكون الإجماع منعقدًا على أنهما موافقان لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ لكونهما تبرعًا في الأصل وتعاونًا على البر والتقوى، وتحقيقًا لمبدأ التكافل الاجتماعي والتعاون بين المسلمين دون قصد للربح، ولا تفسدهما الجهالة ولا الغرر، ولا تعتبر زيادة مبلغ التأمين فيهما عن الاشتراكات المدفوعة ربا؛ لأن هذه الأقساط ليست في مقابل الأجل، وإنما هي تبرع لتعويض أضرار الخطر.

أما النوع الثالث وهو التأمين التجاري -ومنه التأمين على الأشخاص- فقد اشتد الخلاف حوله واحتد:

فبينما يرى فريق من العلماء أن هذا النوع من التعامل حرام؛ لما يكتنفه من الغرر المنهي عنه، ولما قد يتضمنه من القمار والمراهنة والربا، يرى فريق آخر أن التأمين التجاري جائز، وليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية؛ لأنه قائم أساسًا على التكافل الاجتماعي والتعاون على البر، وأنه تبرع في الأصل ولا يشتمل على معاوضة.

واستدل هؤلاء الأخيرون على ما ذهبوا إليه بعموم النصوص في الكتاب والسنة وبأدلة المعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: {يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ} [المائدة: ١]. فقالوا: إن لفظ العقود عام يشمل كل العقود، ومنها التأمين وغيره، ولو كان هذا العقد محظورًا لبينه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، وحيث لم يبينه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم؛ فإن العموم يكون مرادًا، ويدخل عقد التأمين تحت هذا العموم.

وأما السنة فقد روي عن عمرو بن يثربي قال: شهدتُ خطبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم بمنى،

وكان فيما خطب ((**لا يحلُّ لامرئٍ من مال أخيه إلا ما طابَتْ به نفسُه**)). فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم طريق حل المال أن تسمح به نفس باذله من خلال التراضي، والتأمين يتراضى فيه الطرفان على أخذ مال بطريق مخصوص؛ فيكون حلالًا.

ومن المعقول أن التأمين- وهو تبرع من المؤمّن؛ حيث يتبرع بالقسط المدفوع، وتبرع من جهة أخرى من الشركة؛ حيث تتبرع بقيمة التأمين، وذلك على سبيل توزيع المخاطر والتعاون على حمل المبتلى- لا يشتمل على منهي شرعًا.

كما استدلوا أيضًا بالعرف، فقد جرى العرف على التعامل بهذا النوع من العقود، والعرف مصدر من مصادر التشريع كما هو معلوم، وكذا المصلحة المرسلة، كما أن بين التأمين التجاري والتأمين التبادلي والاجتماعي المجمع على حِلِّهما وموافقتهما لمبادئ الشريعة وجوهَ شَبَهٍ كثيرةً؛ مما يسحب حكمهما عليه، فيكون حلالًا.

وعقد التأمين على الحياة -أحد أنواع التأمين التجاري- ليس من عقود الغرر المحرمة؛ لأنه عقد تبرع وليس عقد معاوضة فيفسده الغرر؛ لأن الغرر فيه لا يفضي إلى نزاع بين أطرافه؛ لكثرة تعامل الناس به وشيوعه فيهم وانتشاره في كل مجالات نشاطهم الاقتصادي، فما ألفه الناس ورضوا به دون ترتب نزاع حوله يكون غير منهي عنه.

ومن المقرر شرعًا أن عقود التبرعات يُتهاون فيها عن الغرر الكثير، بخلاف عقود المعاوضات؛ فإنه لا يقبل فيها إلا الغرر اليسير[(١)].

هذا على أن الغرر يُتصوَّر حينما يكون العقد فرديًّا بين الشخص والشركة، أما وقد أصبح التأمين في جميع المجالات الاقتصادية، وأصبحت الشركات هي التي تقوم بالتأمين الجماعي لمن يعملون لديها، وصار كل إنسان يعرف مقدمًا مقدار ما سيدفعه وما سيحصل عليه؛ فهنا لا يتصور وجود الغرر الفاحش المنهي عنه، كما لا يوجد في عقد التأمين التجاري شبهة القمار؛ لأن المقامرة تقوم على الحظ، في حين أن التأمين يقوم على أسس منضبطة، وعلى حسابات مدروسة ومحسوبة من ناحية، وعلى عقد مبرم من ناحية أخرى.

(١) انظر: الفروق للقرافي طبعة دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤هـ جـ١ صـ١٥١، حاشية ابن عابدين جـ٥ صـ٤١٦- ٤٢٩، والقواعد الفقهية لابن رجب: القاعدة الخامسة بعد المائة، الموسوعة الفقهية حرف غ مادة غرر جـ٣١ صـ١٦٠.

وبدراسة وثائق التأمين التجاري بجميع أنواعه الصادرة عن شركة الشرق للتأمين وغيرها من الشركات الأخرى تبين أن أكثر بنودها ما هي إلا قواعد تنظيمية مقررة من قبل شركات التأمين إذا ارتضاها العميل أصبح ملتزمًا بما فيها، وأن أكثر هذه البنود في مجموعها لا تخالف الشريعة الإسلامية، غير أن هناك بعض البنود يجب إلغاؤها أو تعديلها؛ لتتمشى مع أحكام الشريعة وتتفق مع ما قررته قيادات التأمين في محضر اجتماعهم برئاسة مفتي الجمهورية بدار الإفتاء المصرية المؤرخ ٢٥/ ٣/ ١٩٩٧، وذلك في البنود التالية:

البند المتضمن:

١- «رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين». يجب تعديل هذا البند إلى:

«رد قيمة الأقساط بالكامل إذا كان المؤمن عليه على قيد الحياة عند انتهاء مدة التأمين مع استثماراتها بعد خصم نسبة معينة نظير الأعمال الإدارية التي تقوم بها الشركة».

٢- المادة العاشرة المتضمنة أنه:

«إذا حدث بالرغم من إرسال الخطاب المسجل أنه لم يسدد العميل في المهلة المحددة، وكانت أقساط السنوات الثلاث الأولى لم تسدد بالكامل يعتبر العقد لاغيًا وبغير حاجة إلى إنذار، وتبقى الأقساط المدفوعة حقًّا مكتسبًا للشركة».

يجب تعديل هذه المادة إلى: «... وترد الأقساط المدفوعة إلى العميل بعد خصم نسبة لا تزيد على عشرة في المائة مقابل الأعمال التي قامت بها الشركة». حتى لا تستولي الشركة على أموال الناس بالباطل.

٣- المادة الثالثة عشرة: الفقرة الأولى المتضمنة:

«يسقط الحق في المطالبة بأي حق من الحقوق الناشئة عن عقد التأمين إذا لم يطالب به أصحابه، أو لم يقدموا للشركة المستندات الدالة على الوفاة».

هذه الفقرة يجب إلغاؤها؛ حيث إن الحق متى ثبت للعميل لا يسقط بأي حال من الأحوال، حتى ولو لم يطالب به أصحابه، وبعد مرور عشر سنوات يسلم المال إلى بيت مال المسلمين.

الفقرة الثانية من نفس المادة المتضمنة:

«... كما يسقط بالتقادم حق المستفيدين في رفع الدعاوى ضد الشركة للمطالبة بالحقوق الناشئة عن هذا العقد بمضي ثلاث سنوات من وقت حدوث الوفاة».

يجب تعديل هذه الفقرة إلى: «... يسقط الحق بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة». وهي مدة التقادم في رفع الدعوى في الحقوق المدنية عند الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

وفي واقعة السؤال وبناءً على ما سبق: فإن المعاملة المذكورة، وكذلك التأمين على الحياة جائزان شرعًا؛ إذ إن التأمين بكل أنواعه أصبح ضرورة اجتماعية تحتمها ظروف الحياة، ولا يمكن الاستغناء عنه؛ لوجود الكم الهائل من عمال المصانع والشركات الاقتصادية العامة والخاصة، وأصبحت الشركات تحافظ على رأس المال حتى يؤدي وظيفته المنوطة به في المحافظة على الاقتصاد الذي هو عصب الحياة، وتحافظ على العمال بغرض تأمين حياتهم حالًا ومستقبلًا، وليس المقصود من التأمين هو الربح أو الكسب غير المشروع، وإنما هو التكافل والتضامن والتعاون في رفع ما يصيب الأفراد من أضرار الحوادث والكوارث، وليس التأمين ضريبة تحصل بالقوة، إنما هو تكاتف وتعاون على البر والإيثار المأمور بهما في الإسلام، مع ملاحظة البنود السابقة.

وقد أخذت دول العالم بنظام التأمين بغير الرقي بأممهم والتقدم بشعوبهم، ولم يغلق الإسلام هذا الباب في وجوه أتباعه؛ لأنه دين التقدم والحضارة والنظام، وإنما وجد من علماء المسلمين قديمًا وحديثًا في كل بلاد العالم الإسلامي من أجازوه وأباحوه، ولهم أدلتهم التي ذكرنا طرفًا منها.

ودار الإفتاء المصرية ترى أنه لا مانع شرعًا من الأخذ بنظام التأمين بكل أنواعه، ونأمل توسيع دائرته كلما كان ذلك ممكنًا؛ ليعم الأفراد الذين لم يشملهم التأمين، ويكون الاشتراك شهريًّا أو سنويًّا بمبلغ معقول، ويكون إجباريًّا؛ ليتعود الجميع على الادخار والعطاء، على أن تعود إليهم الأموال التي اشتركوا بها ومعها استثماراتها النافعة لهم ولأوطانهم؛ فالأمم الراقية والمجتمعات العظيمة هي التي تربي في أبنائها حب الادخار والعمل لما ينفعهم في دينهم ومستقبل حياتهم.

ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال إذا كان الحال كما ورد به. والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٢٣- ٣٣١) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

ومنه كذلك: الفتوى المتعلقة بالتوقيت الصيفي والشتوي الذي كان متبعًا في مصر لسنوات طويلة، ثم رأى ولي الأمر إلغاء العمل به منذ سنوات. ونصها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ١٣٠٨ لسنة ٢٠٠٦م والمتضمن السؤال عن حكم المعمول به من تغيير التوقيت الصيفي والشتوي بتقديم ساعة من النهار، وعما إذا كان ذلك يعد تدخلًا وتغييرًا وتبديلًا لخلق الله سبحانه وتعالى.

الجواب:

١- من المقرر أن الليل والنهار آيتان من آيات الله تعالى، وقد خلقهما الله لإيجاد التوازن الكوني المتسق مع طبيعة المخلوقات في حركتها وسكونها، قال تعالى: {وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ ءَايَتَيْنِۖ فَمَحَوْنَآ ءَايَةَ ٱلَّيْلِ وَجَعَلْنَآ ءَايَةَ ٱلنَّهَارِ مُبْصِرَةً لِّتَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ وَلِتَعْلَمُواْ عَدَدَ ٱلسِّنِينَ وَٱلْحِسَابَ} [الإسراء: ١٢]، وقال عز وجل: {وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا ١٠ وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا} [النبأ: ١٠- ١١]، وهذا الخلق الرباني المحكم لا يقدر على تغييره أحد، ولا يمكن لمخلوق أن يعبث بنظامه، فهو آية من الآيات التي استقلت بإيجادها يد القدرة الإلهية.

٢- أما التوقيت فهو تحديد الوقت وبيان مقداره، وهذا أمر يتعلق بفعل البشر؛ ولذلك اختلف وتنوع من حضارة لأخرى؛ ففي الحضارة الإسلامية واليهودية كان التوقيت غُروبيًّا، يبدأ فيه عد ساعات اليوم من الغروب، والليل يسبق فيه النهار، وعند البابليين القدماء كان شروق الشمس يمثل بداية اليوم، أما التوقيت الزوالي الذي يبدأ فيه اليوم عند منتصف الليل فمأخوذ عن المصريين القدماء والرومان، وهو النظام الذي يسير عليه العالم اليوم.

٣- وهذا التوقيت الذي هو من فعل البشر فيه مساحة قطعية أجمع عليها البشر، وقام عليها نظام حياتهم وتعاملاتهم، كأيام الأسبوع مثلا، فلا يسوغ لأحد تغييرها أو تبديلها، وفيه مساحة أخرى أجمع عليها المسلمون وتعلقت بها عباداتهم ومعاملاتهم، فصارت محاولة تغييرها أمرًا ممنوعًا يخل بالنظام العام عند المسلمين، كمسألة النسيء التي فعلها المشركون، وغيروا بها مكان الأشهر الحرم، وأنكرها الله تعالى عليهم في سورة التوبة، الآية رقم ٣٧.

٤- وهناك مساحة في التوقيت للنظر فيها مجال، وللرأي فيها متسع ما دام أنها لا يتعلق بها اختلال في عبادة ولا اضطراب في نظام، كتحديد مبدأ اليوم ومنتهاه؛ ولذلك سار المسلمون على التوقيت الزوالي تبعًا لأهله الذي يسيرون عليه، ولم يكن في ذلك خروج عن الدين الإسلامي، ولا تغيير لخلق الله تعالى، مع كون التوقيت الغروبي هو الأنسب لعباداتهم وتعاملاتهم حينًا من الدهر.

٥- ولما كان كل من الليل والنهار في الأصل اثنتي عشرة ساعة، لكن يزيد وينقص باعتبار تغير فصول

السنة؛ سمى علماء الفلك والميقات المسلمون هذه الحالة القياسية بالساعات الآفاقية، وعليها حملوا قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((يوم الجمعة اثنتا عشرة ساعة)) رواه أبو داود والنسائي وصححه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وسموا ساعات الليل والنهار التي زادت عن ذلك أو نقصت بالساعات التعديلية، واختلفوا كذلك في المراد من ساعات التبكير يوم الجمعة، وإن كان الحديث السابق يرجح المقصود، ولم يكن هذا الاختلاف بينهم موجبًا لشيء من الحرج أو الإثم.

٦- ومما نرى للرأي فيه مجالًا مسألة التوقيت الصيفي هذه بتقديم الوقت القياسي ساعة لفترة معينة، فإنها من الأمور الاجتهادية التي يناط اتخاذ القرار فيها بالمصلحة التي يراها أولو الأمر وأهل الحل والعقد في الأمة، حتى ولو كان الإنجليز هم الذين بدءوا العمل بها؛ فإن مجرد ذلك لا يجعله خطأً أو حرامًا، إلا إذا ثبت أنه يفوِّت مصلحة معتبرة على الأمة، فإذا لم يثبت ذلك فلولي الأمر الحق في الإلزام بذلك، ولا يكون فعله هذا تغييرًا لخلق الله، ولا تعديًا لحدود الله.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[(١)].

هذا وبما أن هذه المسألة من الأمور الاجتهادية -كما قررته الفتوى- والمنوطة بولي الأمر وبتحقيق المصلحة؛ فإنها تقبل تغير الاجتهاد فيها، وهذا ما حدث مؤخرًا؛ حيث ألغي العمل بالتوقيت الصيفي منذ سنة ٢٠١٥م حتى الآن.

وهذا غيض من فيض مما تقوم به دار الإفتاء المصرية من التأصيل الشرعي للقوانين وبيان مستنداتها الشرعية.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٣٩- ٣٤١) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

المبحث الرابع

دور المؤسسات الإفتائية في عملية الإصلاح التشريعي

تؤدي المؤسسات الإفتائية دورًا مهمًا وبارزًا في عملية الإصلاح التشريعي، فقد تعاني العملية التشريعية بوجه أو بآخر من خلل يصيبها بالقصور في أداء وظيفتها، في حفظ الحقوق أو منع الفساد أو غير ذلك؛ ومن هنا يجب على المراقبين والمعنيين التنبيه على ذلك الخلل التشريعي بغية إصلاحه، والمؤسسات الإفتائية من أهم الجهات المنوط بها هذا الدور؛ حيث تبين أوجه القصور، والانعكاسات الاجتماعية المترتبة عليه بما لها من خبرة علمية وشرعية من جانب، وواقعية واجتماعية من جانب آخر[١].

كذلك فإن للفتوى علاقة ديناميكية مع التقنين؛ ذلك أن التقنين يرتبط بشكل كبير بالحالة المجتمعية بتعقيداتها ومتغيراتها، ولكي يحافظ التقنين على دوره ويحقق أهدافه المرجوة يجب عليه مراعاة تلك المتغيرات المجتمعية بصفة دائمة ومستمرة، وهذا ما تقوم به الفتوى حيث تمهد الأرضية التشريعية المناسبة التي تعمل فيها ديناميكية القوانين[٢].

وقد وجه الشيخ المراغي شيخ الأزهر الأسبق (١٨٨١-١٩٤٥م) اللجنة المكلفة بإعداد قانون الأحوال الشخصية بعدم التقيد بمذهب معين، حيث كان القضاة لا يحيدون عن مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي كان معمولًا به في ذلك الوقت إلى غيره من المذاهب، ولكن الإمام المراغي كان يرى ضرورة الأخذ بغيره من المذاهب إذا كان فيها ما يتفق مع المصلحة العامة للمجتمع، وكان مما قاله لأعضاء اللجنة: «ضعوا من المواد ما يبدو لكم أنه يوافق الزمان والمكان، وأنا لا يعوزني بعد ذلك أن آتيكم بنص من المذاهب الإسلامية يطابق ما وضعتم، إن الشريعة الإسلامية فيها من السماحة والتوسعة ما يجعلنا نجد في تفريعاتها وأحكامها في القضايا المدنية والجنائية كل ما يفيدنا وينفعنا في كل وقت»[٣].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٤).

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٤).

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية وضرورات التجديد للدكتور/ محمود حمدي زقزوق ص(١٥) ط. مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، هدية مجلة الأزهر لشهر رجب ١٤٣٩هـ، نقلا عن: مشيخة الأزهر منذ إنشائها حتى الآن لعلي عبد العظيم (٢/ ١٩، وما بعدها) طبع القاهرة سنة ١٩٧٩م.

ومن ذلك قيام مفتي الديار المصرية الأسبق فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق سنة ١٩٨٠م بمراجعة مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية بعد إعداده ومراجعته، بناءً على طلب رئيس مجلس الشعب وقتها الأستاذ الدكتور/ صوفي أبو طالب، وإعداد تقرير عنه ببعض الملاحظات والإضافات[١].

وقريب من ذلك ما تقوم به دار الإفتاء المصرية من إصدار البيانات العامة المتعلقة ببيان الرأي الشرعي فيما يشغل الجماهير والرأي العام من قضايا تتعلق بالتشريع الإسلامي وقضاياه حسمًا للجدل وإيضاحًا للحق.

وقد تكون فتاوى لاستفسارات واردة من بعض مؤسسات الدولة، كالفتوى الصادرة جوابًا على **الطلب المقدم من المركز القومي لنقل الدم** المقيد برقم ٢٠٢١ لسنة ٢٠٠٥م المتضمن طلب إصدار فتوى تفيد بيان الحكم الشرعي للتبرع بالدم؛ نظرًا للاحتياج الشديد والمتزايد لتوفير دم آمن للمرضى من خلال الاعتماد على المتبرع الشرفي المنتظم بالدم بدون مقابل.

وكان الجواب ما يلي:

«إن الله سبحانه وتعالى كرَّم الإنسان وفضله على كثير من خلقه، ونهى عن ابتذال ذاته ونفسه والتعدي على حرماته، وكان من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس، يقول تعالى: {۞وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ} [الإسراء: ٧٠].

ومن مظاهر التكريم خلق الله للإنسان في أحسن صورة وأجملها، واعتبار ذلك نعمة من الله على الإنسان؛ فيجب على الإنسان أن يشكر الله عليها، يقول تعالى: {لَقَدۡ خَلَقۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ فِيٓ أَحۡسَنِ تَقۡوِيمٖ} [التين: ٤]، ومن مظاهر تكريم الله للإنسان أنه اعتبر جسده أمانة ائتمنه عليها؛ فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بما يسوءه أو يرديه، حتى ولو كان هذا التصرف من صاحب هذا الجسم نفسه؛ ولذا حرمت الأديان السماوية والقوانين إتلاف البدن وإزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه، يقول تعالى: {وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا} [النساء: ٢٩].

(١) أورد التقرير بكامله الدكتور/ محمد زكي عبد البر معد مشروع القانون، وعضو لجنة مراجعته ونائب رئيس محكمة النقض سابقًا في كتابه تقنين الفقه الإسلامي: المبدأ والمنهج والتطبيق ص(٣١٩- ٣٣٤). وجدير بالذكر أن لجنة مراجعة المشروع كان لها تعقيب على تقرير فضيلة المفتي. انظره ص(٣٣٥- ٣٥١)، وكل هذا يثري الحياة الفقهية والقانونية.

ومن مظاهر تكريم الله للإنسان أنه أمره بالاهتمام بإصلاح جسده ظاهرًا وباطنًا، وأمره باستعمال كل وسائل العلاج التي تؤدي إلى شفائه من مرضه، فقد أخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((**تداوَوْا عبادَ الله؛ فإن الله سبحانه لم يضع داءً إلا وضع معه شفاءً، إلا الهرم**))، وفي رواية أخرى: ((إلا السام)) أي الموت. فالشريعة الإسلامية قد كرمت الإنسان تكريمًا عظيمًا، وأمرته بالمحافظة على نفسه وجسده من كل ما يهلكه أو يسوءه، ونهت عن قتله أو إنزال الأذى به؛ فلا يجوز له أن يتصرف في جسده تصرفًا يؤدي إلى إهلاكه أو إتلافه؛ لأن كل إنسان -وإن كان صاحب إرادة فيما يتعلق بشخصه- إلا أنها مقيدة بالحدود التي شرعها الله تبارك وتعالى في قوله: {وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ} [البقرة: ١٩٥]، وقوله سبحانه: {وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} [النساء: ٢٩].

والإنسان مطالب بالمحافظة على بدنه وجميع أعضائه ومكوناته، ومنها الدم.

والدم سائل حيوي من سوائل الجسم، وقد اقتضت طبيعته أن يكون عضوًا سائلًا متحركًا، يجري داخل أوردة الجسم وشعيراته، فلا يعرض نفسه لأي أذى بأي حال من الأحوال.

فالتبرع بالدم إن كان ينقذ إنسانًا من هلاك محقق، وأقر أهل الخبرة من الأطباء العدول أن ذلك لا يضر من تبرع، ولا يؤثر على صحته وحياته وعمله؛ فلا مانع من الترخيص في ذلك إن خلا من الضرر، ويعد ذلك من باب إحياء النفس التي أمر الله بإحيائها، ومن باب التضحية والإيثار، وهو ما أمر به القرآن: {وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌۚ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ} [الحشر: ٩]، وقياس ذلك إنقاذ الغرقى والحرقى والهدمى مع احتمال الهلاك عند الإنقاذ، يقول تعالى: {وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ} [المائدة: ٢].

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإن التبرع بالدم لا مانع منه شرعًا، خاصة وأن الدم عضو متجدد، بل دائم التجدد والتغير، وذلك بالضوابط والشروط الآتية:

١- وجود ضرورة قصوى عند التبرع، كأن يكون بعض الناس أو الأفراد في حاجة ماسة إلى كميات من الدم؛ لإنقاذ حياتهم من الهلاك أو الإشراف على الهلاك، كالحوادث والكوارث والعمليات الجراحية.

٢- أن يكون التبرع بالدم محققًا لمصلحة مؤكدة للإنسان من الوجهة الطبية، ويمنع عنه ضررًا مؤكدًا.

٣- أن لا يؤدي التبرع بالدم إلى ضرر على المتبرع كليًّا وجزئيًّا، أو يمنعه من مزاولة عمله في الحياة ماديًّا أو معنويًّا، أو يؤثر عليه سلبًا في الحال أو المآل بطرق مؤكدة من الناحية الطبية.

٤- أن يتحقق بالطرق الطبية خلو المتبرع من الأمراض الضارة بصحة الإنسان؛ لأنه لا يجوز شرعًا دفع الضرر بالضرر.

٥- أن يكون المتبرع بالدم إنسانًا كامل الأهلية.

وأما عن ثواب المتبرع فإن القادر الصحيح إذا أعطى الدم لمريض في حاجة ماسة إليه استحق من الله تعالى ثواب ما أعطى وجزاء ما قدم بإنقاذه من مهلكة، أو برفعه درجات، أو بحط سيئاته، قال تعالى: {هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَـٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَـٰنُ} [الرحمن: ٦٠].

وقال صلى الله عليه وسلم: ((**المسلمُ أخو المسلِمِ، لا يظلمُه ولا يُسلِمُهُ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرَّج عن مسلم كربةً فرَّج الله عنه كربةً من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلمًا ستره الله يوم القيامة**)). رواه البخاري.

وقال صلى الله عليه وسلم: ((**مَنْ نَفَّسَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ يَسَّرَ عَلَى مُعْسِرٍ يَسَّرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَمَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ**)). رواه أبو داود.

ومما ذكر يعلم الجواب، والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

وكذلك **الفتوى المتعلقة بحكم اختلاء المسجون بزوجته والمسجونة بزوجها**، حيث جاء فيها:

«اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٤١٨ لسنة ٢٠٠١، والمتضمن السؤال الآتي:

هل من حق المسجون الاختلاء بزوجته شرعًا؟ وهل من حق المسجونة الاختلاء بزوجها كذلك؟

الجواب:

أولا: الإسلام دين الوسطية يراعي إشباع الحاجيات المادية والنفسية للإنسان معًا؛ ليكون هناك توازن في المجتمع؛ لأن الإنسان روح ومادة، ولكل منهما متطلباته التي إن أهملت فسد حال الإنسان في المجتمع، وأصبح غير قادر على الاندماج والتعامل مع أفراده بصورة صحيحة، ومن هنا تحدث الجريمة في أي صورة من صورها، ولذلك وضع الإسلام الأسس والمبادئ العقائدية والتشريعية والأخلاقية والتعبدية التي إن رعاها الشخص وقام بها على الوجه المطلوب شرعًا صار عضوًا نافعًا مفيدًا للمجتمع، وإن أهملها فإنه يكون عرضة لارتكاب الجريمة، فإن ارتكبها عوقب عليها العقاب الرادع الزاجر المناسب له ولأمثاله حفاظًا على استقرار وأمن المجتمع والترابط بين جميع أفراده.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٢٦١- ٢٦٥) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

ثانيًا: من المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية شخصية العقوبة؛ فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤاخذ شخص بجريرة غيره، مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما، وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في كثير من آياته، ومن ذلك قوله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ} [فاطر: ١٨]، وقوله تعالى: {مَّنْ عَمِلَ صَٰلِحًا فَلِنَفْسِهِۦ وَمَنْ أَسَآءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٍ لِّلْعَبِيدِ} [فصلت: ٤٦]، وقوله تعالى: {مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ} [النساء: ١٢٣]، وقوله تعالى: {أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ٣٨ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ} النجم: [٣٨- ٣٩]، وقوله تعالى: {كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ} [المدثر: ٣٨].

ثالثًا: إن الإسلام قدس العلاقة الزوجية، وأوجب لكل من الزوجين حقوقًا وواجبات تجاه الآخر، ومن هذه الحقوق المتبادلة بين الزوجين حسن المعاشرة الزوجية بمعناها الخاص، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من حق الزوجة على زوجها المعاشرة الزوجية مرة في كل طهر أو شهر على الأقل، ما لم يكن عذر شرعي يحول بينه وبينها؛ لقوله تعالى: {فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ} [البقرة: ٢٢٢]. وذهب الإمام الشافعي على خلاف قول الجمهور إلى أن ذلك حق له، ولا يجب عليه كسائر الحقوق، وقدر الإمام أحمد بن حنبل زمن وجوب إتيان الزوجة بأربعة أشهر قياسًا على الإيلاء؛ لقوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ٢٢٦ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} [البقرة: ٢٢٦، ٢٢٧]. فإذا كان الزوج في سفر ولم يكن لديه عذر مانع من رجوعه إلى زوجته؛ فإن الإمام أحمد ذهب إلى توقيت إتيان الرجل زوجته في هذه الحالة بستة أشهر، فقد سئل: كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: ستة أشهر يكتب إليه، فإن أبى أن يرجع إليها، وعجزت هي عن الذهاب إليه مع محرم فرق الحاكم بينهما. وحجته في ذلك ما روي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه سأل ابنته أم المؤمنين حفصة رضي الله عنهما: كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: خمسة أشهر أو ستة أشهر. فوقَّت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرًا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون راجعين شهرًا.

وفي جميع الأحوال فإنه على الزوج شرعًا أن يحصن ويعف زوجته حسب حاجتها في التحصين، وفي ذلك يقول الغزالي من الشافعية: «وينبغي أن يأتيها الزوج في كل أربع ليال مرة فهو أعدل؛ لأن عدد النساء أربعة فجاز التأخير إلى هذا الحد، وعليه أن يزيد أو ينقص حسب حاجتها في التحصين؛ فإن تحصينها واجب عليه». ولأهمية هذا الحق جعله الرسول صلى الله عليه وسلم من الصدقات التي يثيب الله عليها فقال: ((**ولك في بُضْعِ زوجتك أجر**)).

وفي واقعة السؤال وبناءً على ما سبق فإنه يجوز شرعًا اختلاء الزوج المسجون بزوجته، وكذلك الزوجة المسجونة بزوجها لممارسة الحقوق الشرعية الخاصة بالزوجين؛ وذلك لأن العقوبة في الإسلام شخصية لا تتعدى الجاني إلى غيره؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ} [فاطر: ١٨].

وعلى ذلك فيجب مراعاة أن لا تختلف القوانين الوضعية في أي بلد إسلامي مع الشريعة الإسلامية في هذا الشأن وفي حرمان الزوجة من حقوقها الشرعية المقررة تجاه زوجها، وإغفال ذلك يجعل العقوبة جماعية تتعدى شخص الجاني إلى غيره، وهذا غير جائز شرعًا، ثم إن الزوجة من حقها ألا تُحرَم من حقوقها الزوجية الخاصة، طالما أن العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها مستمرة ولم تنقطع، وحتى لا يكون هذا الحرمان سبيلًا للفساد والانحراف من الزوجات أو الأزواج بما يؤثر على المجتمع ويضره بصورة سلبية. وفي مراعاة حقوق المسجون الشرعية والاجتماعية والشخصية والنفسية والفسيولوجية إعادة لتأهيله وعودته فردًا صالحًا للتعايش مع أفراد المجتمع بعد قضاء فترة عقوبته؛ لأن الهدف من العقوبة هو الزجر والردع، وليس إهدار آدمية الإنسان، فالسجن إصلاح وتهذيب في المقام الأول، ثم إن إهمال هذه الحقوق الزوجية الخاصة بين الزوجين قد تؤدي إلى انتشار الشذوذ والفساد الجنسي والإفساد داخل السجون وخارجها، وبذلك يخرج الشخص المسجون من سجنه بعد نهاية مدة العقوبة متأثرًا بسلوكيات فاسدة تجعله غير قادر على معايشة أفراد المجتمع المحيط به، مما يضر بالمجتمع ضررًا كبيرًا، ثم إن في السماح للمسجون بالاتصال بزوجته أو العكس يتحقق غرضان:

أولهما: أن الشخص يتوب توبة نصوحًا؛ لأنه مرتبط بأسرته.

ثانيهما: أنه يحافظ على الأسرة من التفكك، ويحفظ الزوجة من الانحراف.

وعلى ذلك فإنه إذا طلبت الزوجة أن تلتقي بزوجها لممارسة حقها الشرعي في المكان المناسب اللائق وبما يحفظ عليهما معًا حياءهما وكرامتهما، فإن ذلك يكون حقًّا شرعيًّا واجبًا لهما، ويجب على الجهات المعنية بهذا الأمر أن تقوم على تنظيمه عند القدرة عليه بما يحفظ على الزوجين حياءهما وكرامتهما؛ فإن ذلك يكون حقًّا شرعيًّا واجبًا لهما؛ لأن هذا الحق بالنسبة للزوجة أمر ضروري وليس ترفيهيًّا، وبخاصة في هذا العصر الذي نعيشه الآن، ولأنه يجب شرعًا على الزوج أن يعف زوجته ويحصنها، كما تجب عليه فروض الإسلام في جميع الأوقات الأخرى من صلاة وصيام وزكاة وحج وبقية العبادات.

ولكل ذلك فإن دار الإفتاء المصرية حرصًا منها على مصلحة وأمن المجتمع تلفت نظر جميع الجهات المسئولة بسرعة بحث المشكلة ووضع الحلول اللازمة لها وفقًا لما سبق ذكره، مراعاة لتواصل أداء الحقوق والواجبات الشرعية بين الأزواج في المجتمع، وتحقيق أمن الفرد والجماعة والسلام الاجتماعي بين الجميع.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ونجد مثل ذلك في العديد من الفتاوى التي ترد إلى دار الإفتاء المصرية من المحاكم المصرية تطلب فيها إصدار فتوى بإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليها من قضايا، أو تستوضح بعض الجوانب الشرعية.

ومما يمكن أن يدخل في ذلك الطلب الوارد بتصريح محكمة استئناف الإسكندرية المقيد برقم ٦٨ لسنة ٢٠١٤م، والمتضمن: «برجاء التكرم من سيادتكم بموافاتنا بالرأي الشرعي عن إمكانية ومشروعية تحليل (DNA) البصمة الوراثية في ثبوت النسب ونفيه للطفل موضوع دعوى إنكار النسب؛ باعتبار هذا التحليل في ذاته قطعيًّا إثباتًا ونفيًا للنسب في إطار العلاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطرفين، وفي مدى مشروعية ملاعنة المطلق للمطلقة منه طلاقًا بائنًا فيما يتعلق بنسب الطفل الذي تدعي المطلقة نسبه للمطلق، خاصة وأن المطلق لم يقم بقيد هذا الطفل بالسجلات الرسمية، ولم يتقبل أي تهانٍ بمولده».

فكان الجواب:

«اتفق الفقهاء على أنه يثبت نسب الحمل للفراش إذا كان في مدة يحتملها، وأقل مدة الحمل ستة أشهر لورود النص بذلك، قال تعالى: {وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ} [لقمان: ١٤] يعني: في انقضاء عامين، وفي آية أخرى: {وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا} [الأحقاف: ١٥]، فحصل بمجموع الآيتين أن أقل مدة الحمل ستة أشهر إذا أسقطنا المدة الأولى من المدة الثانية، وهو استدلال ابن عباس رضي الله عنهما، ولا خلاف في ذلك بين العلماء.

وعلى الرغم من أن الشرع الشريف يتشوَّف إلى إثبات النسب ويتحيَّل لذلك بالطرق المختلفة الممكنة؛ حفاظًا على الأنساب، وحماية لحق الصغار، وصيانة للأعراض، إلا أن هذا لا يجعل الأمر خارجًا عن الانضباط، أو بعيدًا عن القيود؛ لأن للشرع الشريف غرضًا في إناطة الحكم بالظاهر المنضبط المتمثل في العلاقة الشرعية والفراش، ومن مقاصده: دفع التهمة عن المحصنات مهما أمكن ذلك، واستصحاب الأصل من كون الزوجية سببًا في الولد، ومن مقاصده: إهدار الزنا وآثاره، وأنه لا يثمر أبوة ولا بنوة؛ لأن الأبوة علاقة شرعية ترتبط بالفراش، وتناط به، صحيحًا كان هذا الفراش أو فاسدًا.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٢٥/ ٢١٩- ٢٢٤) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ نصر فريد واصل.

والمقصود بالفراش: الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، لا عند حصول الولادة، وقد روى البخاري ومسلم عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((**الولد للفراش**))، أي الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج.

فالأصل أنه إذا ثبت قيام الزوجية الصحيحة أو الفاسدة أو وطء الشبهة -أي وجود الفراش أو شبهة الفراش- قبل حدوث الولادة بمدة لا تقل عن ستة أشهر ثبت النسب، وهذا القدر متفق عليه، وبشرط ألا تكون الولادة بعد أكثر من عام ميلادي من انتهاء الفراش الصحيح بوفاة أو طلاق أو بعد انتهاء فراش الشبهة بمتاركة -بحسب ما اختاره المشرع المصري من الآراء الفقهية في المسألة لإعطاء الفرصة للحالات النادرة- كل ذلك مع إمكان التلاقي بين الوالد والوالدة، وإمكان تصور حمل الوالدة من الوالد عادة، وعدم نفي الوالد للولد عند علمه به.

وقد ورد في المادة الخامسة عشرة من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

أما بخصوص البصمة الوراثية فلها مع النسب حالتان رئيسيتان: حالة الإثبات، وحالة النفي.

فإثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية جائز، بشرط ثبوت الفراش، وهذا يتوافق مع مذهب الشرع في التشوف إلى إثبات النسب، فيمكن اللجوء إلى البصمة الوراثية في حالة وجود عقد زواج صحيح أو فاسد -أي الذي لم تتوفر كل شروطه وأركانه- أو في حالة الوطء بشبهة، كأن يطأ امرأة ظنًّا أنها زوجته، فيظهر خلاف ذلك، بل ولا مانع شرعًا من إلزام المنكر عن طريق القضاء بإجراء تحليل البصمة الوراثية، سواء أكان الرجل أم المرأة أم طرفًا آخر كالولي مثلا، وذلك عندما يدعي أحدهما أو كلاهما قيام علاقة زوجية بينهما، مع عدم وجود مانع شرعي للزواج بين الرجل والمرأة، ولو لم تثبت تلك العلاقة الزوجية بينهما في ذاتها بشهود أو توثيق أو نحوهما، وكذلك الحال في حدوث وطء شبهة أو عقد فاسد بينهما، وهذا لإثبات نسب طفل يدعي أحدهما أو كلاهما أنه ولد منهما، وفي حالة رفض المدعى عليه إجراء التحليل المذكور يعد الرفض قرينة قوية على ثبوت نسب هذا الطفل له، وإن لم نلتفت إلى بقاء الزوجية في ذاتها، والآثار المترتبة عليها؛ فإن إثبات النسب لا يعني استمرار قيام الزوجية.

وكذلك يمكن أيضًا الاستعانة بالبصمة الوراثية في حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أم تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوها، ومثلها حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب، وأيضًا حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

وهذا كله بخلاف استخدامها في نفي النسب؛ فإنه لا يجوز شرعًا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب؛ لأن الخطأ البشري في التحاليل وارد محتمل، فالظن في طريق إثباتها، مما يجعل تقرير البصمة الوراثية غير قادر على نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية المقررة؛ حيث إن النسب أمر شرعي وليس طَبَعِيًّا؛ فابن الزنا لا ينسب للزاني رغم أنه من مائه، ودليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))، فيفهم منه أن الولد ينسب للزوج الذي ولد على فراشه؛ وبذلك يثبت وصف الأبوة له شرعًا.

وغاية الفحوص المعملية على فرض صحتها وعدم وجود نسبةٍ للخطأ فيها -وهو ما لا سبيل إلى القول به- أن تقول إن الطفل محل الاختبار يترجح أنه من ماء هذا الرجل أو ذاك، وهو ما لا تقوم به الأنساب في مثل هذه الأحوال.

أما عند التنازع بين مدعيين للنسب -مثلا- والحال أن الأمر يحتمل نسبة الطفل إلى كل منهما؛ لثبوت الفراش لأحدهما وشبهة الفراش للآخر، أو الاشتراك في وطء الشبهة، أو التنازع على مجهول النسب عند انتفاء الأدلة أو تساويها، فيمكن الاستعانة بهذه الفحوصات لنفي النسبة عن أحدهما ممن لا يمكن أن يكون المولود ابنًا له، وفي غير ذلك مما لا علاقة وثيقة له بالحادثة محل الدعوى، كالاشتباه في المواليد في المشافي وأطفال الأنابيب وضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحروب والكوارث وغير ذلك مع عدم إمكانية معرفة أهاليهم.

وهذا الذي قررناه هو خلاصة ما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من ٢١- ٢٦/ ١٠/ ١٤٢٢هـ الذي يوافقه المدة من ٥- ١٠/ ١/ ٢٠٠٢م.

وأما طلب اللعان لنفي النسب؛ فغير متجه هنا؛ لوجهين:

الأول: أن من شروط اللعان قيام الزوجية الصحيحة بين الزوجين ولو حكمًا، كالمعتدة من طلاق رجعي؛ لقوله تعالى: {وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ} [النور: ٦]، فلما خص الله سبحانه اللعان بالأزواج دل ذلك على أن قيام الزواج شرط لإجراء اللعان بين الرجل والمرأة، والمطلقة البائن ليست زوجة؛ ذلك أنه بمطالعة الحكم المستأنف تبين أن المستأنِف طلب نفي النسب بجلسة ١٣/ ١٠/ ٢٠١٢، وأن المستأنف ضدها قد طلقت منه خلعًا في ٢٦/ ١١/ ٢٠١٢، وأن طلبات المستأنف في عريضة دعواه أمام محكمة الدرجة الأولى قد اقتصر فيها على نفي النسب، ولم يتطرق إلى طلب اللعان، وهما أمران مختلفان.

الثاني: أن من شروط انتفاء النسب باللعان المتفق عليها عند المذاهب الأربعة الفورية، بأن ينفي الزوج الولد عند الولادة، أو في مدة التهنئة بالمولود، وهذا عند الإمام أبي حنيفة، ولم يروَ عنه في ظاهر الرواية تقدير ذلك بزمن معين، بل التقدير مفوَّض إلى القاضي.

وقدر الإمامان أبو يوسف ومحمد بن الحسن المدة التي يشترط فيها نفي الولد بأكثر مدة النفاس، وهي أربعون يومًا؛ لأن النفاس أثر الولادة؛ فيأخذ حكمها.

وعند المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة أن التعجيل شرط لنفي الحمل أو الولد عن الزوج، فلو علم الزوج بالحمل أو الولادة فسكت عن نفيه بعد علمه، ثم أراد أن ينفيه باللعان لم يُمَكَّن من ذلك، سواء طال زمن سكوته كالشهر، أو قصر كاليوم واليومين، إلا أن يكون سكوته لعذر.

قال الإمام ابن قدامة الحنبلي في المغني (٨/ ٧٦، ط. مكتبة القاهرة): «وإذا ولدت امرأته ولدًا، فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه، ولم يكن له نفيه بعد ذلك. وبهذا قال الشافعي، قال أبو بكر: لا يتقدر ذلك بثلاث، بل هو على ما جرت به العادة، إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعًا أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب، أو ينام إن كان ناعسًا، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرته الصلاة، ويحرز ماله إن كان غير محرز، وأشباه ذلك من أشغاله، فإن أخره بعد هذا كله، لم يكن له نفيه. وقال أبو حنيفة: له تأخير نفيه يومًا ويومين استحسانًا؛ لأن النفي عقيب الولادة يشق، فقدر باليومين لقلته. وقال أبو يوسف ومحمد: يتقدر بمدة النفاس؛ لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم».

هذا، وبمطالعة عريضة الاستئناف المصرح فيه بالفتوى وجدنا أن المستأنف ينعي على الحكم المستأنف لأمرين: أولهما الخطأ في تطبيق القانون وتأويله، والثاني الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب.

وقد اعتمد في سببه الأول على ما مجمله أن المحكمة قد قررت أن الولد قد أتى لأكثر من ستة أشهر من الحمل، وأن المدعي لم ينفه فور علمه به ليحق له أن يلاعن زوجته، والمستأنف إزاء هذا يسوق ما يراه دليلا على أنه نفاه فور علمه به، وهذا أمر يتعلق بالإثبات وهو شأن المحكمة وحدها بما لها من سلطة الاستدلال وتفحص الأوراق والتحقق من صحة الوقائع.

أما السبب الثاني وهو الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب فإنه يعتمد فيه على التفرقة بين الملاعنة بغرض إثبات واقعة زنا، والملاعنة بغرض نفي الطفل، وأنه في الحالة الثانية يحق له الملاعنة في أي وقت، وهي تفرقة لا سند لها، ولا فرق في الأثر المترتب على الملاعنة في الحالتين.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإنه لا يمكن نفي نسب الطفل المذكور بالدعوى، لا بالبصمة الوراثية، ولا بغيرها من طرق النفي؛ لأن نسبه قد ثبت بالفراش الصحيح، كما أن طلب اللعان لا يتوجه في الدعوى القائمة لعدم قيام الزوجية بين المدعي والمدعى عليها، ولانتفاء الفورية، وهما شرطان في دعوى اللعان.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٣٨- ٣٤٤) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

المبحث الخامس

دور المؤسسات الإفتائية في معاونة القضاء والتشريع

للمؤسسات الإفتائية دور كبير في معاونة القضاء والتشريع من خلال بيان الرأي الشرعي حال طلبه من الجهات القضائية أو التشريعية، ومن خلال التأصيل الشرعي للقوانين وبيان مستنداتها الشرعية -كما سبق- ومن خلال العمل على المواءمة بين الفتاوى والأحكام القضائية ودعم سيادة القانون واحترام القضاء، وغير ذلك من أوجه التعاون.

ومن المقرر أن العلاقة بين الإفتاء والقضاء والتقنين علاقة تكامل؛ فكلها تدور في فلك واحد، وهو التشريع وتطبيقه وتنزيله على واقع الناس بما يحقق المقصود منه، وهو صلاح المجتمع واستقامته وتحقيق الحق والعدل والاستقرار، وإن كان كل من الثلاثة يختص وينفرد عن الآخر بما يخصه بحسب طبيعته ودوره[١].

وفتوى المفتي وإن كان لا يلتزم بها القضاء إلا أنها هادية ومرشدة، مثل فتاوى إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، غير أن فتاوى هذا القسم خاصة بالقوانين واللوائح وما يعرض عليها من الجهات الحكومية، أما فتاوى دار الإفتاء فهي عامة للأفراد والهيئات بأنواعها. وكلا النوعين من الفتاوى غير ملزمة قبل أن تأخذ صفة رسمية من ولي الأمر أو من القضاء[٢].

ولكي يتم التعاون بين المؤسسات الإفتائية والقضاء بصورة صحيحة لا بد للمفتي أن يلم بالقانون وكيفية سير الدعاوى ومراحلها؛ فهذا من الأمور المهمة والمهارات اللازمة للمفتي الآن؛ حيث تحيل المحاكم الكثير من الدعاوى إلى دار الإفتاء المصرية للوقوف على الرأي الشرعي في القضية محل النظر؛ ولذلك فإن معرفة المفتي بإجراءات التقاضي وسير الدعاوى يساعده في تحديد دوره في كل مرحلة إذا طلب منه إبداء الرأي الشرعي فيها، كما تلزمه مهارة قراءة الواقع وتنزيل الحكم عليه، ومعرفة حدود عمله حين يطلب القاضي منه بيان الحكم الشرعي؛ حتى لا يتداخل عمله مع عمل القاضي[٣].

---

(١) راجع: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٨).

(٢) انظر: المدخل للفقه الإسلامي ص(٤٠٥-٤٠٦).

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٧).

وإدراك الواقع جزء من عمل المفتي، وإذا كان إلمام المفتي بالأدلة الشرعية والأقوال الفقهية ومقاصد الشريعة وقواعدها يمثل جانبًا من أهلية المفتي؛ فإن إدراك الواقع وأحوال الناس وفهم نوازلهم ومستجداتهم يمثل الجانب الآخر، فهو قسيم لمؤهلات المفتي الشرعية[1].

قال ابن القيم: «ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر؛ فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرًا؛ فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»[2].

وهذه القدرة على فهم الواقع يمكن أن يستفيد منها المقنن، وكذلك القاضي بشكل كبير، ولا يقتصر ذلك على إلقاء الضوء على البعد الديني باعتباره جزءًا من الواقع، بل يمكن أن يمتد ذلك إلى جميع مناحي الواقع التي يحتاجها المقنن؛ باعتبار أن المتصدي للإفتاء هو أكثر من يلجأ إليه الناس لحل مشاكلهم[3].

وقد كان هذا دأب المفتين على مر العصور، يخالطون الناس ويقفون على معاملاتهم ويَخبُرون أحوالهم وظروفهم[4].

وقد حرصت دار الإفتاء المصرية على ذلك، وكان لها دورها البارز في تقديم المشورة وإرشاد المقنن والقاضي إلى الحكم الشرعي المناسب والمحقق للمصلحة بحسب الواقع ومعطياته.

ومن ذلك البيان الذي أصدره الشيخ جاد الحق علي جاد الحق حينما كان مفتيًا فيما يتعلق ببعض مواد قانون الأحوال الشخصية رقم (٤٤ لسنة ١٩٧٩م) بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، وتحديدًا المادة رقم (٥ مكرر) التي تنص على أنه «يجب على المطلق أن يبادر إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص. وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به. وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على المطلق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو في محل إقامتها الذي يرشد عنه المطلق، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٠)، ومنهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة (٤/ ٨١٩).

(٢) إعلام الموقعين (١/ ٦٩).

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٠).

(٤) راجع: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٠).

المطلقة أو من ينوب عنها، وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل».

حيث أيَّد الشيخ جاد الحق رحمه الله صحة تلك المادة، وبيَّن أنها موافقة للشريعة ولم تخرج عن مذاهبها(١).

والأمثلة على قيام دار الإفتاء المصرية بوضع واقع المسلمين تحت عين القضاء، وترتيب الحكم الشرعي على هذا الواقع كثيرة جدًّا، وهو اتجاه تبنته دار الإفتاء، وقد ترتب عليه تغييرات في الأحكام القضائية.

كذلك نلمس حرص القضاء على مراجعة دار الإفتاء المصرية للوقوف على الرأي الشرعي فيما يعرض عليه من قضايا(٢).

ومن هذا القبيل ما تقوم به محاكم الجنايات من إحالة الدعاوى التي ترى بالإجماع وبعد إغلاق باب المرافعة وبعد المداولة إنزال عقوبة الإعدام بمقترفيها- إلى فضيلة مفتي الديار المصرية، وذلك قبل النطق بالحكم.

وهذا الإجراء معمول به منذ صدور القانون الجنائي المصري ولائحة الإجراءات الجنائية في مصر في أواخر القرن التاسع عشر(٣).

وينبغي التنويه إلى أن ما تقوم به المؤسسات الإفتائية من معاونة القضاء هو **عمل من أعمال الخبرة**، وهي-أي: الخبرة- من الوسائل التي يستعين به القاضي أو المحقق في مجالات الإثبات؛ لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي تتطلب دراية خاصة لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية، والأصل ألا تتم إلا بمعرفة سلطة التحقيق أو القاضي(٤).

---

(١) راجع كلام الشيخ جاد الحق في كتابه الفتاوى الإسلامية (٣/ ٢٧٠- ٢٨٥) ط. دار الفاروق للنشر والتوزيع بالقاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م. وإن كان قد خالفه غيره من العلماء والفقهاء في ذلك الوقت، وصدرت دراسات نقدية لهذا القانون، منها دراسة الأستاذ الدكتور/ محمد بلتاجي في كتابه «دراسات في الأحوال الشخصية» الذي قدَّم فيه دراسة فقهية مؤصلة للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وتحدث في مقدمتها عن هذا التقنين وما دار حوله من نقاشات، وخاصة من الأستاذ الدكتور/ موسى شاهين لاشين، نائب رئيس جامعة الأزهر للدراسات العليا والبحوث في ذلك الوقت.

(٢) راجع: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢٠٢- ٢٠٤).

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢/ ٨٦- ٨٧)، والدليل المرجعي لمواجهة التطرف ص(٥٢٦- ٥٢٧).

(٤) انظر: الخبير في العملية القضائية للدكتور/ عبد القادر الشيخلي، بحث منشور بمجلة القضائية الصادرة عن وزارة العدل السعودية، العدد السادس، جمادى الأولى ١٤٣٤هـ ص(١٦٥- ١٦٦).

ولذلك لا يصح أن يتداخل عمل الخبير مع عمل القاضي؛ بحيث يتناقضان، فلا يمكن للخبير بأي حال أن يتطرق إلى مدى انطباق واقعة الثبوت على النص الحاكم في الدعوى، ولا أن يعطي رأيًا فيما يخص الطبيعة القانونية للعقد أو قيمته الثبوتية. كما لا يجوز للقاضي أن يكلف الخبير بمهمة البحث في مدى قيام مسئولية أحد الأطراف في النزاع؛ لأن ذلك يكون بمثابة تفويض لصلاحياته[١].

وما يجوز من ذلك فقط هو طلب القاضي من إحدى الجهات الشرعية بيان الرأي الشرعي في المسألة، وهو مما يقتضي البحث في موضوع النزاع والمستند الشرعي له، وقد تكون مسألة البحث من النظام العام الذي لا يصح للقاضي تجاوزه، كثبوت النسب بالفراش الصحيح، وهنا يكون عدم أخذ القاضي برأي الجهة الشرعية مما يمكن الطعن به على حكمه.

وهذا مما يميز عمل المفتي عن عمل غيره ممن يطلب منهم القاضي إمداده بالرأي الذي يحتاج إليه[٢].

وتقوم دار الإفتاء المصرية بالرد كتابيًّا على خطابات المحاكم والمؤسسات الرسمية، لإبداء الرأي الشرعي في القضايا أو المسائل التي تطلب فيها المحاكم رأي دار الإفتاء المصرية؛ لاستيضاح الرأي الشرعي بشكل دقيق ومتخصص. وذلك من خلال دراسة العناصر والمستندات التي ترسلها المحكمة.

والفائدة التي يمكن أن تعود على الأفراد هي تقديم الرأي الشرعي للمحاكم أو المؤسسات في النزاعات الخاصة بهم، مما يساعد في إنهاء هذه المنازعات أو المسائل المعلقة والتي تحتاج إلى الحكم الشرعي.

ويمكن الاستفادة بهذه الخدمة الرسمية من خلال تصريح من جهة التقاضي أو المؤسسة المطروح أمامها النزاع لدار الإفتاء المصرية؛ لبيان الحكم الشرعي في موضوع النزاع[٣].

ومما تقوم به دار الإفتاء المصرية كذلك في مجال معاونة القضاء تصحيح الوصف الشرعي المناسب والتأكد من انطباقه على الواقع، وذلك في مثل ما ورد إلى دار الإفتاء من محكمة استئناف الأسرة في فتوى موضوعها قيام جد وجدة بقيد حفيدهما باسمهما؛ نظرًا لأن الأم (وهي زوجة ابنهما) ما زالت تحت السن القانونية للزواج، ولا يمكن نسبة الصغير إليها، ثم بعد بلوغ الأم السن القانونية قامت برفع دعوى تطلب فيها نفي نسب الصغير عن الجد والجدة، وإثباته للأب والأم، وهو ما اتفق عليه كل الأطراف.

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٢)، وراجع كذلك: الخبير في العملية القضائية ص(١٩٢).

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٢).

(٣) الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية على الرابط: https://www.dar-alifta.org/Home/ViewDarServices?ID=٩ وتاريخ المطالعة ١/ ١٢/ ٢٠٢١م.

وقد قضت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى؛ طبقًا للقاعدة المقررة أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار بالنسب.

وقد أرسلت محكمة الاستئناف إلى دار الإفتاء المصرية تطلب الرأي الشرعي في مدى صحة التوصيف الذي أسبغته محكمة الدرجة الأولى على واقعة الحكم، ومدى انطباقه عليها، حيث جاء في طلبها: «أورد الحكم المستأنف أن المقرر في فقه الحنفية أن النسب متى صدر مستوفيًا شرائطه فإنه لا يتحمل النفي، ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقًا في الواقع أم كاذبًا؛ لأن النفي يكون إنكارًا بعد الإقرار فلا يسمع».

فكان رد دار الإفتاء أن الوصف الحقيقي لما قام به الجد والجدة من تقرير كون الصغير ليس ابنًا لهما، بل هو ابن لابنهما ليس رجوعًا في الإقرار، بل هو تكذيب للإقرار، والفرق بينهما في الأثر كبير.

وقد جاء في الفتوى ما نصه: «والمعتبر في ثبوت النسب هو ثبوته في الواقع، لا ثبوته عند الناس؛ لأن المراد به الثبوت الشرعي، لا ما اشتهر بين الناس، فإذا كان النسب ثابتًا شرعًا وقت الإقرار بالنسب فلا عبرة بهذا الإقرار المخالف للواقع. والمقرر شرعًا أنه إذا اكتملت أركان الفراش الصحيح من قيام الزوجية، وكون الصغير قد ولد لأكثر من ستة أشهر، وكون الزوج ممن يتصور منه الإنجاب؛ فإن الإقرار أو غيره لا ينتهض لمعارضته. كما أن عدول المقر بالنسب عن إقراره لظهور أن النسب ثابت لغيره هو تكذيب للإقرار وليس رجوعًا فيه، وتكذيب الإقرار مقبول بخلاف الرجوع فيه، والفرق بين تكذيب الإقرار والرجوع فيه أن التكذيب إخبار عن بطلان الإقرار من الأصل وأنه غير مطابق للواقع، فهو بمثابة فسخ للعقد من أصله، وأما الرجوع فهو رفع للإقرار بعد تحقق وجوده ونسخ له بعد تقرره»[١].

ومن ذلك أيضًا: ما تقوم به دار الإفتاء المصرية من التأكد من تحقق مناط الحكم فيما يحال إليها من المحاكم فيما يتعلق بدعاوى الطلاق وما ينبني عليه للتحقق من كون المتلفظ بالطلاق قد صدر اللفظ منه في حال عدم إدراك أو عدم إملاك[٢].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٣- ٢١٤).

(٢) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٥).

ومن هذا القبيل ما تقوم به دار الإفتاء المصرية من الإجابة وإصدار الفتاوى في القضايا التي تطلب المحاكم رأي دار الإفتاء المصرية فيها، وأكثرها في مجال الأحوال الشخصية. **ومن ذلك:** الفتوى الصادرة من دار الإفتاء المصرية جوابًا على «البريد الوارد من رئيس محكمة كفر الشيخ بتاريخ ٢٠/ ٤/ ٢٠١٤م، المقيد برقم ٩١ لسنة ٢٠١٤م، والمتضمن طلب الفتوى الشرعية بخصوص الدعوى المقامة من: و. م. ضد ورثة: أ. م.، حيث تزوجت المدعية من المدعى عليه بتاريخ ١٠/ ١/ ٢٠١٠م ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج، ثم أقامت المدعية دعوى تطليق للضرر، وأصدرت فيها المحكمة حكمًا بجلسة ٢٦/ ٦/ ٢٠١١م قضى بالآتي: «حكمت المحكمة بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة بائنة للضرر مع إلزامه بالمصاريف». اهـ ولم يلق هذا الحكم قبولا لدى الزوج؛ فطعن عليه بالاستئناف، وظل الاستئناف متداولًا حتى توفي الزوج بتاريخ ٢٠/ ١٠/ ٢٠١١م أثناء نظر الاستئناف، ولم يتم الفصل في الاستئناف بحكم نهائي بات.

لذلك نلتمس من سيادتكم إفادتنا بفتوى رسمية بخصوص هذا الصدد، والإفادة عما إذا كانت السيدة: و. م. وقت وفاة زوجها المرحوم: أ. م. وأثناء نظر الاستئناف لحكم الطلاق تعتبر زوجة في هذه الحالة؛ لعدم صيرورة حكم التطليق نهائيًّا، أم مطلقة؟ وذلك حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مادة الوراثة رقم ٥٩٥ لسنة ٢٠١١م أسرة بندر كفر الشيخ.

الجواب:

من المقرر قضاءً أن الحكم الابتدائي بالطلاق لا يكون نافذًا ولا يعتد به ولا تترتب آثاره إلا بعد صيرورته نهائيًّا؛ وذلك بفوات ميعاد الطعن بالاستئناف، أو بالطعن عليه وصدور حكم الاستئناف بتأييده، أو باعتبار دعوى الاستئناف كأن لم تكن. وتظل المطلقة خلال مدة الطعن موقوفة على مطلقها لا تستطيع الزواج بغيره حتى يصبح الحكم نهائيًّا؛ فتعتد المطلقة ممن طلق القاضي عليه من تاريخ صدوره، وأما قبله فهي متربصة لصالحه، وهذا نوع احتباس تستحق في مقابله النفقة التي تجب للزوجة على الزوج، وإن كان يجب عليها الامتناع عنه لحين صدور حكم الاستئناف، وهذا علاوة على استحقاقها لنفقة العدة من حكم الاستئناف.

واحتساب بدء العدة من حكم الاستئناف هو المعتمد المعمول به، وقد سبق لدار الإفتاء المصرية في عهد فضيلة العلامة مفتي الديار المصرية الأسبق الشيخ حسن مأمون أن أصدرت فتوى بذلك، هذا نصها: «السؤال: بكتاب مركز المنيا المؤرخ ١٥/ ٥/ ١٩٥٧م المطلوب به بيان تاريخ انقضاء عدة المطلقة من زوجها للإعسار طلقة رجعية غيابيًّا.

فكان الجواب بأن عدة المطلقة تبدأ من تاريخ الطلاق، سواء كان المطلق الزوج أو المحكمة، وتنقضي شرعًا إما برؤيتها الحيض ثلاث مرات كوامل إذا كانت من ذوات الحيض، وإما بمضي ثلاثة أشهر إذا لم تكن من ذوات الحيض بأن كانت لم تره أصلًا إما لصغر أو لبلوغها سن الإياس، أو لم تكن لها عادة فيه، وإما بوضع حملها إن كانت حاملًا.

ولا تبدأ العدة في الطلاق الغيابي الصادر من المحكمة إلا إذا صار نهائيًّا، بأن مضت مدة المعارضة والاستئناف، ولم يعارض فيه ولم يستأنف، أو استؤنف وتأيَّد.

أما إذا لم يصر الحكم بالطلاق نهائيًّا فلا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه، ولا يكون الطلاق نافذًا تترتب عليه آثاره -ومنها العدة- حتى يكون نهائيًّا» انتهى نص الفتوى، مع العلم بأن المعارضة كطريق من طرق الطعن على الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية قد ألغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإنه لا اعتداد بحكم التطليق الابتدائي حتى يؤيده حكم الاستئناف، وتبدأ العدة من تاريخ حكم الاستئناف إذا أتى مؤيدًا للحكم الابتدائي؛ فلا تتزوج المرأة حتى تستوفي العدة من ذلك التاريخ، أما إذا حكم في الاستئناف بإلغاء حكم التطليق الابتدائي، أو انقضت دعوى الاستئناف بوفاة أحد طرفيها أثناء النظر فيها، فلا اعتبار حينئذ بحكم التطليق الابتدائي، وتبقى الزوجية على أصلها قائمة، ويثبت التوارث حينئذ بينهما لثبوت الزوجية من غير معارض.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

وكذلك الفتوى التي جاءت جوابًا للطلب «المقيد برقم ٩١ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة ملوي

لشئون الأسرة، ضمن محضر الجلسة المؤرخ ١٥/ ١١/ ٢٠١٤م في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٤م، حيث صرحت المحكمة باستخراج شهادة من دار الإفتاء المصرية تفيد بما إذا كان سن المدعو المولود في ٢٠/ ٤/ ١٩٩٧م يحق له الزواج بتاريخ عقد الزواج المؤرخ ٧/ ١٢/ ٢٠١٤م من عدمه.

الجواب:

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٧١-٢٧٣) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

الأصل أن عقد الزواج ينعقد صحيحًا متى استوفى أركانه وشروط صحته، كما أن للحاكم حق تقييد المباح حسب ما يراه محققًا للمصلحة، ومن ذلك ما نصت عليه لائحة المأذونين من تحديد السن التي لا يحق للمأذون توثيق الزواج قبلها، ولا علاقة لذلك بصحة العقد من عدمه؛ فإن العقود ألفاظ، والزواج يصح إذا توفرت أركانه التي ليس منها التوثيق، وعلى ذلك فالكلام في أحقية المأذون في توثيق عقد الزواج، لا في أحقية الطرفين في عقد الزواج ابتداءً، فإذا وثقه المأذون على وجه المخالفة لما خُوِّلَ له كان ذلك افتياتًا على القاضي الذي أذن له بتوثيق العقود طبقًا للائحة المأذونين؛ ولذلك يحاسبه القاضي بصفته الولائية لا القضائية.

وأما الكلام في صحة العقد فمبنية على توفر الأركان والشروط.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ونلاحظ في هذه الفتوى تقريرها لسلطة ولي الأمر في تقييد المباح حسب ما يراه محققًا للمصلحة- كما قررناه من قبل.

كما نلاحظ تصحيح دار الإفتاء المصرية لمحل السؤال الوارد من المحكمة.

ومن ذلك أيضًا الفتوى الصادرة جوابًا على «الطلب المقيد برقم ٣٧٥ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة الجمالية لشئون الأسرة، ضمن محضر الجلسة المؤرخ ٩/ ١٢/ ٢٠١٥م في الدعوى رقم ٥٦١ لسنة ٢٠١٥م أسرة الجمالية، حيث صرحت المحكمة بالحصول على فتوى من دار الإفتاء المصرية عما إذا كان يصح استمرار زواج المسلمة من مسيحي، وذلك بعد إشهار إسلامها.

الجواب:

المقرر في الفقه الحنفي أن الزوجة لو أسلمت وانقضت عدتها دون إسلام زوجها؛ فإن القاضي يفرق بينهما بعدما يتأكد من إسلامها، وتبدأ العدة من تاريخ حكم القاضي.

قال العلامة المرغيناني الحنفي في الهداية في شرح بداية المبتدي (١/ ٢١٣، ط. دار إحياء التراث العربي): «وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته، وإن أبى فرق بينهما». اهـ

والله سبحانه وتعالى أعلم»[٢].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ١٩٩) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٠٠) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

ومن ذلك: الفتوى الصادرة بناءً على «الطلب المقيد برقم ١٤٥ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة استئناف الإسكندرية لشئون الأسرة باستخراج فتوى عما إذا كان يحق للزوج المطالبة بإسقاط كافة حقوق زوجته الشرعية المترتبة على الزواج والطلاق، حال أن الزوجة أقامت دعوى تطليق خلعًا، وعرضت الصداق وتنازلت عن كافة حقوقها الشرعية، كما رفضت الصلح بعد عرضه عليها.

الجواب:

بمطالعة أوراق الدعوى المستأنفة تبين أن المدعية أقامتها ابتداءً بغية الحكم بتطليقها على المدعى عليه طلقة بائنة خلعًا، وأثناء تداول الدعوى عدلت المدعية طلباتها للتطليق للضرر للأسباب التي أبدتها، وقد حكمت المحكمة برفض الدعوى للأسباب الواردة بالمنطوق والمكملة له؛ مما حدا بها إلى إقامة الاستئناف المصرح في محضر جلسته بالفتوى.

وما فعلته المدعية لا يعدو أن يكون عرضًا للتنازل عن حقوقها الزوجية لم تتمسك به، بل تنازلت عنه حين عدلت طلبها من الخلع إلى الطلاق للضرر، وهذا العرض لم يتصل به حكم قضائي حتى يكون معتدًّا به.

والتقاضي حق شرعي كفله الدستور للكافة، بشرط عدم التعسف، فلكل من يتمتع بأهلية التقاضي الحق في رفع الدعوى ابتداءً، كما أن له الحق في تعديل طلباته فيها.

كما أن الخلع القضائي لا تترتب عليه آثاره على أطراف الدعوى فيه إلا بعد صدور الحكم القضائي، أما قبل ذلك فالأمر لا يعدو كونه عرضًا محضًا من الزوجة، ولها مطلق الحق في أن ترجع فيه، من غير أن يكون عليها حجر في ذلك.

والأصل في الخلع عند الفقهاء أن يكون رضائيًّا، فهو عبارة عن عقد شرعي ينعقد بإيجاب وقبول، والاعتبار يختلف فيه بين الرجل والمرأة؛ فهو للرجل بمنزلة تعليق الطلاق على قبول المال، وللمرأة بمنزلة المعاوضات التي تشبه التبرعات. فإن كان الإيجاب من الرجل لم يجز له الرجوع فيه حتى تقبل المرأة أو تعرض، أما إذا كان الإيجاب منها كان لها أن ترجع في إيجابها قبل أن يقبل الرجل.

وإذا كان رجوع الزوجة عن عرض التنازل عن حقوقها مقبولًا في حال رضا الزوج بالخلع؛ فلأن يقبل ذلك في حال إبائه في الخلع القضائي من باب أولى؛ لأن الخلع القضائي دليل على إباء الزوج أخذ المال رضاءً، فتتوافق الإرادتان حينئذ في رفض تنازل الزوجة عن حقوقها.

وعلى ذلك فرجوع المرأة في الإيجاب مقبول منها في الخلع الرضائي؛ لأنها بمنزلة المتبرعة بالمال، وعرضها التنازل عن حقوقها في حالة طلبها الخلع قضاءً هو بمنزلة الإيجاب منها في حالة الخلع رضاءً؛ فإن الخلع القضائي هو تحريك الدعوى وعرض التنازل عن كافة حقوقها الزوجية، وهو ما يقابل طلبها من الزوج التطليق مقابل إبرائه من حقوقها، وعدم الرجوع في الصيغة من المرأة في الخلع الرضائي يقابله في الخلع القضائي تمسكها بدعواها وعدم إنهائها الخصومة. ولذلك يلزم لكي توصف بأنها متمسكة بإيجابها أن تستمر في مباشرة دعواها، وأن لا تقوم بتعديل طلباتها إلى طلبات أخرى غير المخالعة على المال.

وفي هذه الدعوى فإن المدعية لم تتمسك بطلب التطليق خلعًا، وقامت بتعديل طلباتها، وقامت المحكمة بإصدار حكمها بناءً على الطلبات المعدلة؛ ومن ثم فقد ارتفع عرضها التنازل عن حقوقها، ولم يصدر من المحكمة حكم بشأن الخلع المعدول عنه؛ فلا يحق للزوج المطالبة بإسقاط حقوقها بحجة رفعها دعوى خلع قد أعرضت عنها.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

والفتوى الصادرة بناءً على «الطلب الوارد من نيابة شمال الزقازيق الكلية بتاريخ ٢٢/ ٢/ ٢٠١٤م المقيد برقم ٩٣ لسنة ٢٠١٤م، والمتضمن: بمناسبة التحقيقات التي تباشرها النيابة العامة في إحدى القضايا، والتي تتلخص واقعاتها في قيام رجل بطلاق زوجته طلقة أولى بائنة بينونة صغرى بإشهاد طلاق موثق بتاريخ ١٧/ ٤/ ٢٠١٤، ثم تزوج شقيقتها بتاريخ ٢٢/ ٤/ ٢٠١٤، يرجى إفادتنا رسميًّا بفتوى تفيد بالرأي الشرعي في الزيجة الثانية.

الجواب:

من شروط الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد الزواج بها على التأبيد أو على التأقيت. ومن المحرمات من النساء على التأقيت المرأة التي لا يجوز الجمع بينها وبين الزوجة في نكاح واحد، كأختها؛ لقول الله تعالى في الكلام على المحرمات من النساء: {وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ} [النساء: ٢٣].

ومعنى كون أخت الزوجة محرمة على التأقيت أن التحريم منوط بوجود أختها في زوجية الرجل، فإذا زالت هذه الزوجية بطلاق أو موت؛ فله أن يتزوج بأختها؛ لانتفاء كونه جامعًا بين الأختين حينئذ، ولكن في حال زوال الزوجية بطلاق فقد اختلف العلماء في اشتراط انتهاء عدة المطلقة قبل زواج الرجل بأختها على قولين:

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٣٢-٣٣٤) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

فيرى الحنفية والحنابلة اشتراط ذلك، ويقولون بوجوب تربص الرجل لحين انتهاء عدة المطلقة، سواء أكان طلاقها رجعيًّا أم بائنًا، وسواء أكانت البينونة صغرى أم كبرى.

بينما يرى المالكية والشافعية أن زواجه بأختها جائز فور الطلاق البائن بنوعيه، أما إذا كان الطلاق رجعيًّا فلا يجوز تزوجه بأختها حتى تنقضي العدة وتبين المطلقة.

وزواج الرجل بأخت مطلقته البائن أثناء عدتها منه وإن كان غير صحيح عند الحنفية والحنابلة، إلا أن قول الشافعية والمالكية بجوازه يعد شبهة تدرأ الحد عنه، وهذه الشبهة تسمى عند الفقهاء شبهة المذهب أو الطريق أو الدليل، وهي أن يكون في المسألة قولٌ آخر بالحل بخلاف قول الحرمة.

قال العلامة المرغيناني في كتاب الهداية (٢/ ٣٤٤، ط. دار إحياء التراث العربي): «الشبهة نوعان: شبهة في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية. فالأولى: تتحقق في حق من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلًا، ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه. والثانية: تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه». اهـ

وقال شارحه العلامة العيني في البناية (٤/ ١٠٩ بتصرف، ط. دار الكتب العلمية): «والتحقيق في سقوط الحد عن الأب في وطئه جارية ابنه أن قوله عليه الصلاة والسلام: ((أنت ومالك لأبيك))، يقتضي أن يكون مال الابن ملكًا للأب، لكن انتفى ذلك بدليل آخر، فبقيت الإضافة مورثة للشبهة، وهي شبهة المحل؛ فاستوى فيها العلم وعدمه؛ فلم يجب الحد لاستناد الشبهة إلى الأصل». اهـ

وقد نصت المادة الثالثة من مواد الإصدار في القانون ١ لسنة ٢٠٠٠م على أنه: «تصدر الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة». اهـ

وعليه وفي واقعة السؤال: فإن هذا الزواج المذكور غير صحيح، إلا أن وجود الشبهة فيه يثبت النسب ويرفع الحد ويخفف العقوبة؛ وذلك لوجود رأي فقهي يجوِّز صورة الزواج المذكور، وإن كان القضاء لم يعتمد هذ القول.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٠١-٢٠٣) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

والفتوى التي جاءت جوابًا «على الطلب المقيد برقم ٣٨٩ لسنة ٢٠١٣م، والمتضمن تصريح محكمة شبرا الخيمة لشئون الأسرة باستخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية عن مدى إلزام الأب بتجهيز ابنته جهاز العرس، وذلك ضمن صورة رسمية من محضر الجلسة المؤرخ ١٣/ ٦/ ٢٠١٣م في الدعوى رقم ٣٦٤٥ لسنة ٢٠١٢م أسرة شبرا الخيمة.

الجواب:

الأصل في تجهيز منزل الزوجية أنه يقع على الزوج؛ لأنه ملزم شرعًا بنفقات زوجته من طعام وكسوة ومسكن وغير ذلك من جهات النفقة الثابتة عليه شرعًا، فلا هو واجب على الزوجة؛ لأن مهرها حق خالص لها، ليس لزوجها أو غيره أن يطالبها منه بشيء، إلا إن كان الزوج قد قدم لها مالًا زائدًا عن المهر بغرض إعداد جهاز الزوجية.

وهذا هو الذي اعتمده قدري باشا في كتابه «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية»؛ حيث نص في المادة (١١٢) على أنه «ليس المال بمقصود في النكاح؛ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره، ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله، فلو زُفَّت بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه الزوج، أو بلا جهاز أصلًا؛ فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء، ولا تنقيص شيء من مقدار المهر الذي تراضيا عليه، وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز». اهـ

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإن الزوج هو المكلف بتجهيز مسكن الزوجية؛ لأنه هو الملتزم شرعًا بنفقات زوجته، ومنها مسكن الزوجية وملحقاته، وإذا كانت الأم قد دفعت شيئًا من ذلك أيضًا فإنه يعد تبرعًا منها، وليس لها أن ترجع به على الأب.

ولكن قد يُلزم القاضي الأب بتجهيز البنت إذا خُشِيَ أن يفوتها سن الزواج، ولم يكن لها مال تتجهز به، وكان أبوها موسرًا بما يتيح له تجهيزها بأقل ما يمكنها أن تتزوج به من غير إسراف ولا تزيُّد فوق العادة.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ومثلها الفتوى الصادرة جوابًا على الطلب المقيد برقم ١٣٣ لسنة ٢٠١٤م، والمتضمن تصريح محكمة استئناف المنصورة- مأمورية الزقازيق في محضر جلسة ٢١/ ٥/ ٢٠١٤م، في الدعوى رقم ٩١٧/ ٥٦ قضائية، باستخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية عند مدى إلزام الأب بمساعدة ابنته في جهاز العرس[٢].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٠٦-٢٠٧) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٢) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٠٨-٢٠٩) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

وكذلك الفتوى المتعلقة بحكم شرط منصوص عليه في عقد الزواج، والتي جاء فيها: «اطلعنا على تصريح محكمة مدينة نصر لشئون الأسرة نفس، المقيد برقم ١٥٠ لسنة ٢٠١٤م، في الدعوى رقم ٢٤٥٣ لسنة ٢٠١٣م والمتضمن: استخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية عن الشرط الخاص الوارد بالقسيمة- ونصه حسبما هو مدون بالوثيقة، تحت بند «الشروط الخاصة»: «واتفق الزوجان على إقرار الزوج بملكية الزوجة لجميع المنقولات الموجودة بمنزل الزوجية، وكذلك ممتلكاتها الخاصة، وأنها جميعًا بعهدته، وقد تعهد بالمحافظة عليها»- ومدى موافقته للشرع من عدمه.

الجواب:

الأصل في المنقولات الزوجية عرفًا أنها ما يشتريه الزوج من أثاث وأجهزة لتجهيز منزل الزوجية، وجرى العرف في مصر على أن يقوم الزوج بكتابة قائمة منقولات زوجية يقر فيها بملكية الزوجة لها، وذلك بدلًا عن المهر أو عن جزء منه، وفي هذه الحالة تأخذ القائمة حكم المهر.

وعليه فإن إقرار الزوج في وثيقة الزواج بملكية الزوجة لجميع المنقولات الموجودة بمنزل الزوجية، وكذلك ممتلكاتها الخاصة، وأنها جميعًا بعهدته- هو في حقيقته اشتراط وتعهد من الزوج لصالح الزوجة بأن كل ما يوجد في منزل الزوجية من المنقولات هو ملك للزوجة؛ إذ إن الزوجة وأهلها إنما يضعون هذا الشرط في وثيقة الزواج ضمانًا لحقوق الزوجة في المستقبل، وهو شرط لا يخالف الشرع، واشتمال وثيقة الزواج عليه لا يؤدي إلى بطلان الوثيقة، والوقوف على عدد هذه المنقولات ووصفها أمر آخر يثور في حالة استحقاقها، والتحقق منه أمر موكول لمحكمة الموضوع.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

والفتوى الصادرة بشأن مخالفة شروط عقد النكاح، وفيها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٧٧ لسنة ٢٠١٣م، والمتضمن صورة رسمية من محضر الجلسة المؤرخ في ٢٥/ ٥/ ٢٠١٣م، متضمنًا تصريح محكمة حلوان لشئون الأسرة في الدعوى رقم ٢٧٢١ لسنة ٢٠١٣م أسرة حلوان، المرفوعة من الموكل المذكور ضد زوجته بطلب استخراج فتوى من دار الإفتاء المصرية بجواز فسخ عقد الزواج من عدمه طبقًا لمستندات الدعوى.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢١٠- ٢١١) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

وقد أرفق الطالب صورة طبق الأصل من عريضة الدعوى، والتي تنحصر طلباتها صلبًا ومنطوقًا في فسخ عقد الزواج المبرم بينه وبين المدعى عليها، بتاريخ ٢٠/ ٥/ ٢٠١٠م؛ لأسباب حاصلها أنها قد خالفت الشرط المنصوص عليه في وثيقة الزواج؛ بعدم نزولها للعمل بعد الزواج، وأنها قد نزلت للعمل دون موافقته أو إذنه؛ مما يعد سببًا يبيح له رفع دعوى يطلب فيها فسخ عقد الزواج المذكور واعتباره كأن لم يكن، وانصبت طلباته الختامية على ذلك.

ونص الشرط المذكور في وثيقة عقد النكاح المرفق صورتها بالتصريح: «واشترط الزوج على زوجته ألا تعمل بعد إجراءات العقد عليها والزواج بها، ووافقت الزوجة على ذلك، وتوقع منها». اهـ.

الجواب:

الحقوق الزوجية متقابلة؛ فعلى الزوجة الاحتباس، وعلى الزوج النفقة، واشتراط الزوج في عقد النكاح عدم نزول الزوجة للعمل إنما هو اتفاق بين الزوجين على تمام الاحتباس الذي هو في الأصل حق ثابت للزوج بمقتضى العقد دون حاجة إلى اشتراطه؛ فهو من الآثار المترتبة على العقد، وليس من أركان العقد، وقد تمهد في قواعد الشريعة أن «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»؛ فاشتراط هذا الشرط والنص عليه في العقد إنما هو تأكيد وتأييد لحق الزوج فيه، غير أنه لا يحوله إلى شرط شرعي يلزم من عدمه العدم ويمنع صحة الانعقاد، ومخالفة الزوجة لذلك دونما عذر هو انتقاص من ذلك الاحتباس الذي هو ثابت للزوج بمجرد العقد من غير شرط، وقد قررت الشريعة الجزاء المترتب على عدم احتباس المرأة لزوجها، وهو سقوط نفقتها بحكم القاضي حتى تعود لطاعته، لا فسخ عقد النكاح.

وقد تقرر في مذهب السادة الحنفية أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، قال العلامة السرخسي الحنفي في «المبسوط» (٥/ ٩٦، ط. دار المعرفة): «الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل في ولاية المحل، والنكاح لا يتحمل هذا النوع من الفسخ، ألا ترى أنه لا يتحمل الفسخ بالإقالة؛ وهذا لأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر في حق النقل إلى الغير، ولا في حق الانتقال إلى الورثة، وإنما أظهره الشرع في حق الطلاق للتقصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق، وهذا لا يقتضي ظهوره في حق الفسخ بعد تمامه؛ لأنه لا ضرورة فيه، فكان في هذا الفسخ بمنزلة الإسقاطات كالطلاق، والعتاق، بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فإنه فسخ قبل تمامه لخلل في ولاية المحل، فيكون في معنى الامتناع من تمامه، وكذلك الفسخ بخيار العتق فإنه امتناع من التزام زيادة الملك على ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالى، ولأن هذه العيوب لا تخل بموجب العقد، وهو الحل؛ فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى، والشلل، والزمانة، فإن الاستيفاء ثمرة، وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح». اهـ.

كما أن الذي عليه الفتوى والقضاء في الديار المصرية أنه لا ينقص من حقوق المرأة شيء في حال طلاقها لو كان الطلاق بسبب اكتشاف الزوج مرضًا فيها لم يكن قد علم بوجوده قبل العقد عليها، بل ولا يثبت له حق الفسخ بالعيب أيضًا على ما هو المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة الذي جعل خيار الفسخ خاصًّا بالمرأة دون الرجل، فإذا وجدت المرأة في زوجها عيبًا مؤثرًا جاز لها طلب الفسخ، إلا إذا كانت قد علمت به ورضيت معه بالمقام مع الزوج صراحةً أو ضمنًا.

قال العلامة السرخسي الحنفي في «المبسوط» (٥/ ٩٥): «ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وإن فحش عندنا، ولكنه بالخيار إن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها». اهـ.

وجاء في «الهداية وشرحها» للعلامة البابرتي الحنفي (٤/ ٣٠٤، ط. دار الفكر): «(وإذا كان بالزوجة عيب) أي عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح)». اهـ.

وقال العلامة الكمال بن الهمام في «فتح القدير» (٤/ ٣٠٥، ط. دار الفكر): «وفي النكاح لو شرط وصفًا مرغوبًا فيه ... لا خيار له في فسخ النكاح به». اهـ.

وذلك هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض؛ حيث جاء في الطعن رقم ٧٦٠ سنة ٦٧ ق أحوال شخصية جلسة ٩/ ٢/ ٢٠٠٢م: «المقرر شرعًا أن الزوج ليس له خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيبًا ما؛ لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق». اهـ.

وقد علل الحنفية ما ذهبوا إليه بأن الزوجة لا تتوصل إلى رفع الضرر عنها إلا بإثبات الخيار لها، أما الزوج فيمكنه الزواج بأخرى أو تطليقها هي.

قال العلامة السرخسي الحنفي في «المبسوط» (٥/ ٩٧): «ثم المعنى فيه أن هناك قد انسدَّ عليها- أي الزوجة- باب تحصيل المقصود؛ لأنها لا تتوصل إلى ذلك من جهة غيره ما دامت تحته، وهو غير محتاج إليها؛ فلو لم يثبت لها الخيار بقيت معلقة، لا ذات بعل، ولا مطلقة؛ فأثبتنا لها الخيار؛ لإزالة ظلم التعليق، وهذا لا يوجد في جانبه؛ لأنه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها، إما بملك اليمين، أو بملك النكاح، ومتمكن من التخلص منها بالطلاق». اهـ.

فإذا كان الزوج لا يُمكَّن من فسخ عقد النكاح بسبب عيب في الزوجة، ولو كان يمنه الاستمتاع؛ فلأن لا يُمكَّن من فسخه بمخالفة بعض آثار العقد من باب أولى.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإن اشتراط الزوج في عقد النكاح عدم خروج الزوجة إنما هو تأكيد لحق الزوج في الاحتباس، ومخالفتها ذلك الشرط دونما عذر هو انتقاص من ذلك الاحتباس، وقد رتب الفقهاء على عدم الاحتباس أن للقاضي أن يحكم عليها بالنشوز، ويرتب على ذلك سقوط نفقتها حتى تعود لطاعة زوجها، ولا يترتب على مخالفتها ذلك الشرط فسخ عقد النكاح.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

وفتوى أحقية الأب في الولاية التعليمية، وفيها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٥٢ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة النزهة لشئون الأسرة باستخراج فتوى من دار الإفتاء عن أحقية الأب في الولاية التعليمية.

الجواب:

حضانة الأم لأولادها لا تسلب الأب الحق في تربية أولاده المحضونين وتوجيههم ورعايتهم والإشراف عليهم بما يعود عليهم بالصلاح والنفع في حياتهم، وذلك بولايته الطبعية والشرعية عليهم، وهو ملزم برعاية الله تعالى فيهم، من باب كونه راعيًا ومسئولًا عن رعيته، فيختار الأنفع والأصلح لهم، والذي من شأنه أن يكفل لهم حياة كريمة، ويهيئهم لأن يعودوا بالنفع على مجتمعهم، ويكون إنفاقه عليهم متوافقًا مع مستوى معيشته، ومتناسبًا مع دخله؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ﴾ [الطلاق: ٧]. فإذا راعى الأب جميع ما سبق في تعليمه لأولاده؛ فليس للأم أو لغيرها أن تلزمه فوق طاقته، وإن رأت الأم أن تساهم بمالها لتعليمهم تعليمًا أرقى مما وجب على الأب أن يلحقهم به -حسب حالته المادية- فلا بأس بذلك، بشرط ألا يكون في هذا النوع من التعليم ضرر على المحضون في دينه أو نفسه؛ لأن مدار الحكم في ذلك على تحقيق مصالح المحضون التي كلف الأب برعايتها، وليس له أن يتعنت في ذلك على حساب المحضون، فإذا بقي النزاع بين الأب والحاضنة قائمًا؛ فالقاضي هو المخوَّل بالفصل بينهما بما يحقق المصلحة للمحضون.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[٢].

والفتوى المتعلقة بقائمة المنقولات الزوجية والشبكة عند الخلع، حيث ورد فيها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٧ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة الصف لشئون الأسرة، في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠١٤م، ضمن صورة رسمية من محضر الجلسة المؤرخ ٢٨/ ١٢/ ٢٠١٤م، حيث صرحت المحكمة باستخراج فتوى من دار الإفتاء بشأن قائمة المنقولات الزوجية والشبكة عند الخلع.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢١٢-٢١٥) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٤٧-٢٤٨) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

الجواب:

ما عليه الفتوى -وهو المعمول به في القضاء المصري- أن على المرأة المختلِعة من زوجها أن ترد له مهرها الذي أمهرها إياه وأن تتنازل عن حقوقها الشرعية المالية عند الحكم لها بالخلع، اختيارًا من آراء بعض أهل العلم فيما يخص هذه المسألة؛ وذلك تقليلًا للأعباء المالية والتكاليف الواقعة على الزوج بسبب هذا الانفصال الواقع عن غير اختياره.

وأما حقوق الزوجة المالية الشرعية التي تتنازل عنها عند طلبها الخلع -والتي وردت في نص المادة العشرين من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م: «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردَّت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها منه» اهـ- فالمقصود بها: المهر بكامله (مقدمه ومؤخره) وهو ما كان عوضًا عن البضع ومقابلًا للتسليم؛ فكل ما ثبت كونه مهرًا وجب رده للزوج، وكذلك تدخل فيها نفقة المتعة فتسقط بالخلع، وكذا نفقة العدة تسقط به أيضًا؛ لأن غرض المشرع من تنظيم قانون الخلع هو رحمة المرأة من زواج لا تطيق الاستمرار فيه، مع عدم إثقال كاهل الزوج بالتكاليف والأعباء، غير أن الحقوق المالية الشرعية التي تسقط بالخلع لا تشمل حقها في الحضانة ولا حقوق المحضونين.

وقد سعى المشرع المصري في اختياره لأحكام الخلع من فقه الشريعة الإسلامية إلى تحقيق التوازن بين الرجل والمرأة؛ فقيَّد العوض المقابل للخلع -بعد أن كان مطلَقًا في أقوال الفقهاء- وخصه بالحقوق الشرعية المالية الثابتة للزوجة بالعقد؛ حماية لها من استغلال الزوج، وحتى لا يَكِرَّ إطلاق العوض على مقصود الخلع بالبطلان، وسدَّ في ذات الوقت باب استغلال الخلع من قبل الزوجات في استيلائهن على أموال أزواجهن، وإثقال كاهلهم بالتكاليف والأعباء المالية المدعاة والتي قد تكون مبالغًا فيها.

والمتعارف عليه في صياغة القائمة بين الناس أنها في ظاهرها استيثاق لحق الزوجة تحت يد الزوج، فإذا ما قامت المرأة بإعداد بيت الزوجية بمقدم صداقها، سواء أمْهَرَها الزوج الصداق نقدًا أو قدمه إليها في صورة جهاز أعده لبيت الزوجية؛ فإن هذا الجهاز يكون ملكًا للزوجة ملكًا تامًّا بالدخول، وتكون مالكة لنصفه بعقد النكاح إن لم يتم الدخول، وعادة ما يكون هذا الجهاز في بيت الزوجية الذي يمتلكه الزوج أو يؤجره من الغير، فيكون الجهاز تحت يد الزوج وقبضته.

فلما ضعفت الديانة وكثر تضييع الأزواج لحقوق زوجاتهم رأى المجتمع كتابة قائمة بالمنقولات الزوجية (قائمة العفش)؛ لتكون مطلق ضمان لحق المرأة لدى زوجها إذا ما حدث خلاف بينهما، وتعارف كثير من الناس على ذلك، وصيغ هذا الضمان بكون القائمة حقًّا مدنيًّا للزوجة على زوجها بمثابة الدين لها عليه.

غير أن هذا الاستيثاق صار في كثير من الأحيان ذريعةً للاستغلال؛ حين تنكر الزوجة كون القائمة مهرًا لها مع اختلاف ذلك عن الواقع ونفس الأمر؛ فقد تكون القائمة كلها هي المهر الحقيقي الذي دفعه الزوج للزوجة، ويكون المثبَت في قسيمة الزواج مهرًا صوريًّا يكتب فيه أقل متموَّل؛ تهربًا من النسبة التي تدفع رسومًا على قيمة المهر المثبت في قسيمة الزواج، وقد تكون مشتركة بينهما بنسب متفاوتة، وفي بعض الأحيان تكون الزوجة هي التي قامت بشراء المنقولات كلها من مالها أو من مال أهلها.

وعلى هذا التفصيل يجري الحكم؛ فإن ادعى الزوج كون القائمة أو بعضها مهرًا، وثبت ذلك بما يثبت به الحق قضاءً بالبينات أو الشهود أو القرائن التي يطمئن القاضي إلى صحتها حكم له بها، ويجب على الزوجة حينئذ ردها عند الخلع بموجب المعمول به إفتاءً وقضاءً؛ لخروجها حينئذ عن كونها دينًا إلى كونها عوضًا للبضع ومقابلًا للتسليم؛ فكانت بذلك مهرًا واجب الرد، أما إن لم يثبت ذلك عند القاضي فإنها تكون حقًّا خالصًا للزوجة؛ سواء اختلعت أو لم تختلع، ولا يجب عليها ردها للزوج عند الخلع.

أما الشبكة فإذا كان العرف قد جرى على أنها جزء من المهر؛ فإنها ترد عند الخلع، أما إذا كان قد اتُّفِقَ على كونها هدية فإنها تأخذ حكم الهدايا، والهدايا ليست مهرًا؛ فلا ترد عند الخلع.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال:

فالذي يرد عند الخلع هو كل ما يثبت كونه مهرًا، وما لم يكن مهرًا فإنه لا يرد عند الخلع، والحكم بأن القائمة أو الشبكة أو غيرهما هو المهر أو جزء منه هو أمر موكول إلى القاضي بما يترجح عنده من الأدلة والقرائن والبينات التي هو مخوَّل بالنظر فيها والترجيح بينها عند تعارضها؛ فإذا ثبت عنده أن القائمة أو الشبكة أو بعضهما هو المهر أو جزء منه قضى برده للزوج، كما سبق إيضاحه.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٥٧- ٢٦٠) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

والفتوى الصادرة بخصوص حكم الطلاق الموثق، وفيها: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٢٣٤ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة عابدين لشئون الأسرة لطرفي الدعوى بالمثول أمام دار الإفتاء المصرية، وشرح ما حصل بالتفصيل والحصول على فتوى بذلك.

وبمطالعة عريضة الدعوى وجد أن المدعي يطلب فيها الحكم بتعديل وصف طلاق زوجته، من السائل، وهي الطلقة الواقعة في ٥/ ١٠/ ٢٠١٢م، وذلك من طلقة ثالثة بائنة بينونة كبرى على طلقة ثانية، واستند في ذلك إلى أن المأذون لم يتحقق ولم يتأكد من وقوع يميني الطلاق الشفويين اللذين أخبره بهما، واعتبرهما طلقتين شفويتين مخالفًا بذلك قواعد المهنة.

وبمناقشة طرفي الدعوى لدى حضورهما إلى دار الإفتاء المصرية بناءً على طلب المحكمة أفاد المدعي بأنه قد ألقى يميني طلاق على زوجته: الأول بتاريخ ١٠/ ٧/ ٢٠٠٩م، وكان في غضب، والثاني بتاريخ ١/ ٥/ ٢٠١٠م، وذلك برسالة عبر الهاتف المحمول، وكان في غضب أيضًا، وأنه توجه إلى المأذون بتاريخ ٥/ ١٠/ ٢٠١٢م، ليوقع الطلقة الثالثة على زوجته المذكورة بعد إلحاح منها، وكان ذلك بصحبة أخيها الموكل عنها رسميًّا، وعند إيقاع اليمين أمام المأذون سأله المأذون عن اليمين الذي سيوقعه أمامه، فقرر أنه الطلاق الثالث، فراجعه المأذون في ذلك؛ فأصر على قوله بأنها الطلقة الثالثة، فحذره المأذون من تبعة هذا الأمر، وأنه يقتضي الإمضاء على محضر يقر فيه بإيقاع ثلاث طلقات على زوجته، فأصر على قوله، ولم يسأله المأذون عن الألفاظ التي تلفظ بها من قبل، أو عن حاله التي كان عليها آنذاك.

وقد علل المدعي هذا الإصرار بأنه كان حينئذ كارهًا لزوجته جدًّا؛ حيث إنه لم يكن يتوقع جديتها في طلب الطلاق، ووافقته المدعى عليها فيما قال.

الجواب:

ما عليه دار الإفتاء المصرية هو أن الرجل ما دام قد وثَّق طلاقه أمام المأذون فإنه لا يجوز له الرجوع في عدد ذلك الطلاق؛ لأن الواقع لا يرتفع، ولأن الطلاق من باب الإنشاء، شأنه شأن العقود، وهو عقد من عقود الفسوخ، وأيضًا لتعلقه بحقوق أخرى ستترتب على ذلك العقد، كآثار له لأطراف أخرى، مثل حقوق المطلقة، وجواز زواجها وغير ذلك، ولا يجوز تعديل الوثيقة إلا بحدوث خطأ مادي، كأن سبق قلم المأذون فكتب ثلاثة بدلًا من واحدة أو اثنتين، أو في حالة التزوير من المأذون، أو نحو ذلك من أنواع الخطأ المادي أو الإكراه المادي.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فما دام المطلق قد وثق الطلاق عالمًا بما يفعل، ووقَّع على الوثيقة مدركًا أنها قد أثبت فيها ثلاث طلقات -على ما هو مدون بها- فإن إقراره معتد به شرعًا، ولا ينفعه الرجوع فيه.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

وأمثلة ذلك كثيرة جدًّا مما يدل على الدور الذي تقوم به دار الإفتاء المصرية في معاونة القضاء والتشريع، وتقديم الرأي الشرعي في الوقائع والدعاوى التي تطلبها المحاكم المصرية، وغير ذلك من أوجه التعاون والتكامل بينها وبين الهيئات القضائية.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٠٣- ٣٠٤) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

تقيُّد الفتوى والمؤسسات الإفتائية بالقانون

تحدث الفقهاء عن أثر الحكم القضائي على الفتوى، وقرروا أنه نظرًا لطبيعة الإلزام في الحكم القضائي فإن هذا الحكم يكون ملزمًا للمفتي؛ بحيث لا يجوز له أن يفتي في الواقعة التي صدر فيها الحكم القضائي بما يخالف هذا الحكم، حتى وإن كان للمفتي اجتهاد يخالف فيه ما انتهى إليه الحكم القضائي؛ لأن الحكم يرفع الخلاف في هذه المسألة[١].

وقد صرح بذلك القرافي حيث قال: «الفرق السابع والسبعون بين قاعدة: الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم، وبين قاعدة: مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم، وذلك القول هو ما حكم به الحاكم على الأوضاع الشرعية. اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء»[٢].

وإنما كان الحكم القضائي ملزمًا بطبيعته لاستقرار الأحكام القضائية ورفع الخصومات ومنع التنازع، ولأن «الله تعالى جعل للحاكم أن ينشئ الحكم في مواضع الاجتهاد، بحسب ما يقتضيه الدليل عنده أو عند إمامه الذي قلده؛ فهو منشئ لحكم الإلزام فيما يلزم والإباحة فيما يباح... والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم معه يحكم بغير ما تقدم الحكم فيه من جهة مستنيبه بل ينشئ بحسب ما يقتضيه رأيه... وإذا كان معنى حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد إنشاء الحكم فهو مخبر عن الله تعالى بذلك الحكم، والله تعالى قد جعل له أن ما حكم به فهو حكمه، وهو كالنص الوارد من قبل الله تعالى في خصوص تلك الواقعة؛ فيصير الحال إلى تعارض الخاص والعام، فيقدم الخاص على العام على القاعدة في أصول الفقه»[٣].

(١) انظر: الحكم القضائي وأثره في رفع الخلاف الفقهي ص(٢٥١).

(٢) الفروق للقرافي (٢/١٠٣).

(٣) الفروق (٢/١٠٤-١٠٥).

فإذا كانت الحال هكذا مع الأحكام القضائية أنها تلزم المفتين والمؤسسات الإفتائية؛ فإن ذلك يكون آكد مع التقنينات الصادرة عن ولي الأمر والمؤسسات التشريعية بالدولة؛ فإنه لا يسع المفتيَ مخالفتُها- كما قررناه سابقًا.

ولذلك نجد أن دار الإفتاء المصرية ملتزمة بكل ما تقرره التقنينات، ومن أمثلة ذلك التزام دار الإفتاء المصرية بما قرره القانون رقم (٢٥ لسنة ١٩٢٩م) في المادة الثالثة منه المتعلقة بمسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، والتي تنص على أن «الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارةً لا يقع إلا واحدة»[١]؛ حيث صدرت جميع الفتاوى المتتابعة من دار الإفتاء المصرية في هذه المسألة ملتزمة بما ورد بالقانون.

ومن ذلك: الفتوى رقم (٥١٧) سجل (٧٤) بتاريخ ٤/ ١٢/ ١٩٥٥م، جوابًا على سؤال من قال قاصدًا زوجته: «طالقة مني ثلاثًا»؛ حيث جاء فيها: «وقع بها طلاق واحد رجعي عملًا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية، وإن كرره في نطق واحد وقرن الطلاق بعدد الثلاث؛ وذلك عملًا بالمادة الثالثة منه، ونصها: «الطلاق المقترن بعدد لفظًا أو إشارةً لا يقع إلا واحدة»»[٢].

وكذلك الفتوى رقم (٢٣٣) سجل (٨٣) بتاريخ ١٥/ ١/ ١٩٥٨م[٣]، والفتوى رقم (٩٩٠) سجل (٩٦) بتاريخ ٥/ ١/ ١٩٦٦م[٤]، والفتوى رقم (٤٢١) سجل (١٠٠) بتاريخ ٥/ ٤/ ١٩٦٦م[٥]، والفتوى رقم (٣٩٤) سجل (١٠٣) بتاريخ ٢١/ ٦/ ١٩٦٩م[٦]، والفتوى رقم (١٥) سجل (١١٥) بتاريخ ١٩/ ٤/ ١٩٨٠م[٧]، والفتوى المقيدة بالطلب رقم (٢٢٨) لسنة ٢٠١٤م[٨].

رغم أن ما اختاره المشرع المصري ليس رأي الجمهور من المذاهب الفقهية الأربعة، إنما أخذه من مذهب الزيدية وبعض الشيعة الإمامية، واختيار ابن تيمية وابن القيم من فقهاء الحنابلة[٩].

(١) المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد (٢٧) بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٢٩م.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ١٦٨) من فتاوى فضيلة الشيخ حسن مأمون.

(٣) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ١٨٤- ١٨٥) من فتاوى فضيلة الشيخ حسن مأمون.

(٤) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٢١٧-٢١٨) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبد العال هريدي.

(٥) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٢٥٣- ٢٥٤) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبد العال هريدي.

(٦) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١١/ ٣١٥- ٣١٦) من فتاوى فضيلة الشيخ أحمد محمد عبد العال هريدي.

(٧) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١٢/ ٣٢- ٣٣) من فتاوى فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق.

(٨) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٠٥- ٣٠٦) المفتي الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٩) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١٢/ ٣٢- ٣٣) فتوى رقم (١٥) سجل (١١٥) بتاريخ ١٩/ ٤/ ١٩٨٠م من فتاوى فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق علي جاد الحق.

فالفتوى لا يمكنها أن تتجاوز القانون وتسير في اتجاه مضاد له؛ لأن القانون يعد الضامن الوحيد لحفظ النظام الاجتماعي داخل أي مجتمع، والمساس به يعد إيذانًا بالفوضى والانهيار.

ومن هنا وجب الاهتمام بالجوانب القانونية في المسألة محل الفتوى.

وعلى الجانب الآخر فإن علم القانون يجب عليه الاهتمام بمخرجات العملية الإفتائية؛ لكونها مؤشرًا حقيقيًّا لرصد المتغيرات الاجتماعية التي يجب أن يراعيها القانون[١].

ومن هنا يأتي التكامل، وتأتي المواءمة التي نزيدها بيانًا في المبحث التالي.

ومن ذلك أيضًا تقيد دار الإفتاء المصرية في فتاواها بما اختاره التقنين المصري فيما يتعلق بجواز الوصية للوارث، وكذلك الأخذ بالوصية الواجبة.

وقد ورد في قانون رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م) بشأن الوصية في المادة رقم (٣٧): «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه».

وورد في المادة رقم (٧٦) من القانون ذاته: «إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته، أو مات معه ولو حكمًا بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثًا في تركته، أو كان حيًّا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه، دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتبًا كترتيب الطبقات».

---

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٤).

وورد في الطلب الوارد إلى دار الإفتاء المصرية المقيد برقم (٣٤١ لسنة ٢٠٠٦م) ما نصه:

«توفيت ماري نجم صايغ سنة ٢٠٠٥م عن:

١- بنت.

٢- بنتي بنت.

٣- أخت شقيقة.

٤- أولاد خمس أخوات شقيقات.

٥- أولاد ثلاثة إخوة أشقاء.

وكلهم مصريون منسوبون للمسيحية. وقد تركت وصية بكامل ممتلكاتها لبنتيها اللتين توفيت إحداهما قبل وفاة الموصية بأسبوع. فما الحكم في الوصية والميراث؟

الجواب:

قال تعالى: {وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ} [المائدة: ٤٢]. ولما كانت المسألة للفصل بين غير المسلمين، وقد ارتضوا حكم الإسلام في ذلك؛ فنقول:

الوصية تجوز للوارث وغيره في حدود الثلث، وتنفذ بدون إجازة الورثة، وتجوز فيما زاد عن الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها بقية الورثة، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه على المختار في ذلك كله للفتوى والقضاء. فإذا كانت الوصية مسجلة أو بشكل ابتدائي أو شفوية وعليها شهادة ممن تثبت الحقوق بشهادتهم قضاءً عمل بها في إطار ما سبق توضيحه، وإن اختل شيء من ذلك فهي غير لازمة لأحد في الثلث ولا في غيره، ولا ينفذ منها إلا ما ارتضاه الورثة، فما أجازه بعضهم نفذ في نصيبه دون نصيب غير المجيزين.

وبوفاة إحدى البنتين الموصى لهما قبل الموصية يدخل نصيبها في الوصية ضمن تركة الموصية، وعليه يكون نصيب البنت الموجودة على قيد الحياة وقت وفاة الموصية ثلث ممتلكات الموصية قهرًا بغير حاجة إلى إذنهم، وأما باقي نصيبها في الوصية وهو السدس فيحتاج إذن بقية الورثة؛ فإن وافقوا نفذ أيضًا، وإن رفضوا لم ينفذ، وإن اختلفوا نفذ في نصيب المجيزين فقط.

وبوفاة ماري نجم صايغ بعد أول أغسطس سنة ١٩٤٦م تاريخ العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م عن المذكورين فقط يكون لبنتي بنتها المتوفاة قبلها في تركتها وصية واجبة بمقدار ما كانت

تستحقه أمهما ميراثًا لو كانت على قيد الحياة وقت وفاة أمها في حدود الثلث، طبقًا للمادة ٧٦ من ذات القانون.

وبقسمة تركة المتوفاة المذكورة -وهو الباقي بعد خصم نصيب بنتها في الوصية الاختيارية- على ستة أسهم يكون لبنتي بنتها المتوفاة قبلها منها سهمان مناصفة بينهما، لكل حفيدة من الاثنتين سهم واحد وصية واجبة، والباقي وقدره أربعة أسهم يكون هو التركة التي تقسم على ورثتها الأحياء وقت وفاتها: لبنتها نصفها فرضًا؛ لانفرادها وعدم وجود المعصب لها فيكون لها سهمان، ولأختها الشقيقة النصف الباقي تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب؛ لما ورد في الأثر أن النبي صلى الله عليه وسلم ((كان يجعل الأخوات مع البنات عصبة)): فيكون لها سهمان، ولا شيء لأولاد إخوتها الأشقاء الثلاثة؛ لحجب الذكور منهم بأختها الشقيقة التي صارت عصبة مع البنت بمنزلة الأخ الشقيق الأقرب منهم درجة، ولا شيء للإناث منهم، ولا شيء كذلك لأولاد أخواتها الشقيقات الخمس ذكورًا وإناثًا؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال، وإذا لم يكن للمتوفاة المذكورة وارث آخر، ولا فرع يستحق وصية واجبة غير من ذكرن، وإذا لم تكن قد أوصت لبنتي بنتها المتوفاة قبلها بشيء، ولا أعطتهما شيئًا بغير عوض عن طريق تصرف آخر؛ وإلا خصم من نصيبهما في الوصية الواجبة. والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

ففي هذه الفتوى نرى تقيُّد دار الإفتاء المصرية بما عليه القانون المصري من الأخذ بالوصية للوارث، والأخذ كذلك بالوصية الواجبة.

وفي هذه الفتوى أيضًا ملمح آخر مهم، وهو أن المستفتي هنا مسيحي، وقد ارتضى حكم الشريعة الإسلامية، وهذا فيه إشارة واضحة لاستقرار تلك الأحكام بالمجتمع بكل أطيافه وفئاته، ويعبر كذلك عن مدى الوئام بين المسلمين والمسيحيين في مصر.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٢/ ١٩٢- ١٩٥) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

وقد تكرر هذا في عدد من فتاوى المواريث، منها: الفتوى الصادرة بناء على «البريد الوارد من: عادل صبري ونيس، بتاريخ ٨/ ٥/ ٢٠٠٧م المقيد برقم ٧٠٣ لسنة ٢٠٠٧م المتضمن:

توفي: سعد نجيب عن زوجته: تفيدة منصور، وأولاده منها: إبراهيم وفائق وميشيل وجرجس الشهير بصبحي وإنجيل وفُتنيَّة وماري وفريدة.

ثم توفيت ابنته: فريدة عن زوجها: ثابت، وأولادها منه: سمير وفايز وفيوليت، وبقية المذكورين.

ثم توفيت زوجته: تفيدة عام ١٩٨٨م عن بقية المذكورين.

ثم توفيت بنته: إنجيل عن أولادها: فريد وسعيد ونادية وهدى وصوفي، وبقية المذكورين.

ثم توفي ابنه: جرجس عن زوجته: أماليا، وأولاده منها: سعد وناهد وماري، وبقية المذكورين.

ثم توفي زوج ابنته فريدة: ثابت عن بقية المذكورين.

ثم توفي ابنه: إبراهيم عن زوجته: مارجريت، وولديه منها: سعد وعزة، وبقية المذكورين.

ثم توفي حفيده: سمير ثابت ابن ابنته فريدة عن زوجته: ألفت، وبنتيه منها: فريدة وأميرة، وبقية المذكورين.

ثم توفيت بنته: ماري عن ولديها: نبيل وليلى، وبقية المذكورين.

ثم توفيت بنته: فتنية عن أولادها: عادل ومدحت وسلوى وسهير وسناء، وبقية المذكورين.

ثم توفي ابنه: ميشيل عن زوجته: عطيات، وولديه منها: حسام وفاتن، وبقية المذكورين.

ثم توفي ابنه: فائق عن زوجته: إلين، وأبنائه منها: سعد ووفيق وناجي، وبقية المذكورين.

ثم توفي حفيده: فايز ثابت ابن بنته فريدة عن زوجته: إيزيس، وولديه منها: مايكل وعبير، وبقية المذكورين.

ثم توفيت زوجة ابنه ميشيل: عطيات عن بقية المذكورين.

فمن يرث؟ ومن يستحق؟ علمًا بأنهم كلهم مصريون منسوبون للمسيحية، ولم تقسم تركة سعد حتى الآن.

الجواب:

أولًا: بوفاة سعد نجيب عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولاده الثمانية الباقي بعد الثمن، للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر.

والمسألة من ستة وتسعين سهمًا: لتفيدة منصور اثنا عشر سهمًا، ولكل من إبراهيم وفائق وميشيل وجرجس أربعة عشر سهمًا، ولكل من فتنية وإنجيل وماري وفريدة سبعة أسهم.

ثانيًا: بوفاة فريدة سعد عن المذكورين فقط يكون لزوجها ربع تركتها فرضًا، ولأمها سدسها فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولادها الثلاثة الباقي بعد الربع والسدس للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا، ولا شيء لإخوتها وأخواتها الأشقاء؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة.

والمسألة من ستين سهمًا: لثابت خمسة عشر سهمًا، ولتفيدة عشرة أسهم، ولكل من سمير وفايز أربعة عشر سهمًا، ولفيوليت سبعة أسهم.

ثالثًا: بوفاة تفيدة منصور بعد أول أغسطس سنة ١٩٤٦م تاريخ العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م عن المذكورين فقط؛ يكون في تركتها وصية واجبة لأولاد بنتها فريدة المتوفاة قبلها بمقدار ما كانت تستحقه والدتهم ميراثًا لو كانت على قيد الحياة وقت وفاة والدتها، أو الثلث أيهما أقل؛ طبقًا للمادة ٧٦ من القانون المذكور.

وبقسمة المسألة إلى ستين سهمًا يكون لأولاد فريدة منها خمسة أسهم للذكر منهم ضعف الأنثى وصية واجبة؛ فيكون لكل من سمير وفايز سهمان، ولفيوليت سهم واحد، والباقي وقدره خمسة وخمسون سهمًا يكون هو التركة التي تقسم على ورثتها الأحياء وقت وفاتها؛ فيكون لكل من إبراهيم وفائق وميشيل وجرجس عشرة أسهم، ولكل من إنجيل وفُتنيَّة وماري خمسة أسهم.

رابعًا: بوفاة إنجيل سعد عن المذكورين فقط يكون لأولادها الخمسة جميع تركتها، للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض، ولا شيء لإخوتها وأختيها الأشقاء؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لأولاد أختها الشقيقة ذكرين وأنثى؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من سبعة أسهم: لكل من فريد وسعيد سهمان، ولكل من نادية وهدى وصوفي سهم واحد.

خامسًا: بوفاة جرجس منصور عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولاده الثلاثة الباقي بعد الثمن، للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر، ولا شيء لإخوته وأختيه الأشقاء؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لأولاد أختيه الشقيقتين ذكورًا وإناثًا؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والتعصيب.

والمسألة من اثنين وثلاثين سهمًا: لأماليا أربعة أسهم، ولسعد أربعة عشر سهمًا، ولكل من ناهد وماري سبعة أسهم.

سادسًا: بوفاة ثابت عن المذكورين فقط يكون لأولاده جميع تركته، للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض.

والمسألة من خمسة أسهم: لكل من سمير وفايز سهمان، ولفيوليت سهم واحد.

سابعًا: بوفاة إبراهيم سعد عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولولديه الباقي بعد الثمن للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر، ولا شيء لأخويه وأختيه الأشقاء، ولا لابن أخيه الشقيق؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنتي أخيه الشقيق، ولا لأولاد أختيه الشقيقتين ذكورًا وإناثًا؛ لأنهم من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من أربعة وعشرين سهمًا: لمارجريت ثلاثة أسهم، ولسعد أربعة عشر سهمًا، ولعزة سبعة أسهم.

ثامنًا: بوفاة سمير ثابت عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولبنتيه ثلثاها مناصفة بينهما فرضًا؛ لتعددهما وعدم المعصب لهما، ولأخيه وأخته الشقيقين الباقي بعد الثمن والثلثين، للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب، ولا شيء لابني عميه الشقيقين؛ لحجبهما بالأخ والأخت الشقيقين الأقرب منهما جهة، ولا شيء لبنات عميه الشقيقين، ولا لأولاد خالته الشقيقة ذكرين وإناثًا؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من اثنين وسبعين سهمًا: لألفت تسعة أسهم، ولكل من فريدة وأميرة أربعة وعشرون سهمًا، ولفايز عشرة أسهم، ولفيوليت خمسة أسهم.

تاسعًا: بوفاة ماري سعد عن المذكورين فقط يكون لولديها جميع تركتها، للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض، ولا شيء لأخويها وأختها الأشقاء، ولا لابني أخويها الشقيقين؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنات أخويها الشقيقين، ولا لأولاد أختها الشقيقتين ذكورًا وإناثًا، ولا لحفيدتي أختها الشقيقة؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من ثلاثة أسهم: لنبيل سهمان، ولليلى سهم واحد.

عاشرًا: بوفاة فتنية سعد عن المذكورين فقط يكون لأولادها الخمسة جميع تركتها للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض، ولا شيء لأخويها الشقيقين، ولا لابني أخويها الشقيقين؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنات أخويها الشقيقين، ولا لأولاد أخواتها الشقيقات ذكورًا وإناثًا، ولا لحفيدتي أختها الشقيقة؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من سبعة أسهم: لكل من عادل ومدحت سهمان، ولكل من سلوى وسهير وسناء سهم واحد.

حادي عشر: بوفاة ميشيل سعد عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولولديه الباقي بعد الثمن، للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر، ولا شيء لأخيه الشقيق، ولا لابني أخويه الشقيقين؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنات أخويه الشقيقين، ولا لأولاد أخواته الشقيقات ذكورًا وإناثًا، ولا لحفيدتي أخته الشقيقة؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من أربعة وعشرين سهمًا: لعطيات ثلاثة أسهم، ولحسام أربعة عشر سهمًا، ولفاتن سبعة أسهم.

ثاني عشر: بوفاة فائق سعد عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأبنائه الثلاثة الباقي بعد الثمن بالسوية بينهم تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر، ولا شيء لأبناء إخوته الأشقاء؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنات إخوته الأشقاء، ولا لأولاد أخواته الشقيقات ذكورًا وإناثًا، ولا لحفيدتي أخته الشقيقة؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من أربعة وعشرين سهمًا: لإلين ثلاثة أسهم، ولكل من سعد ووفيق وناجي سبعة أسهم.

ثالث عشر: بوفاة فايز ثابت عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولولديه الباقي بعد الثمن للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر، ولا شيء لأخته الشقيقة، ولا لأبناء أعمامه الأشقاء؛ لحجبهم بالفرع المذكر الوارث الأقرب منهم جهة، ولا شيء لبنتي أخيه الشقيق، ولا لبنات أعمامه الأشقاء، ولا لأولاد عماته الشقيقات ذكورًا وإناثًا؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

والمسألة من أربعة وعشرين سهمًا: لإيزيس ثلاثة أسهم، ولمايكل أربعة عشر سهمًا، ولعبير سبعة أسهم.

رابع عشر: بوفاة عطيات عن المذكورين فقط يكون لولديها جميع تركتها، للذكر منهما ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض.

والمسألة من ثلاثة أسهم: لحسام سهمان، ولفاتن سهم واحد.

هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال، وإذا لم يكن للمتوفين وارث ولا فرع يستحق وصية واجبة غير من ذكروا، وإذا لم تكن المتوفاة ثالثًا قد أوصت لأولاد بنتها المتوفاة قبلها بشيء، ولا أعطتهم شيئًا بغير عوض عن طريق تصرف آخر؛ وإلا خصم من نصيبهم في الوصية الواجبة.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

ونلحظ هذا التقيد بالقانون فيما لا يحصى كثرة من الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، فمن ذلك أيضًا: الطلب الوارد إلى دار الإفتاء المصرية، والمقيد برقم (٦٤٤ لسنة ٢٠٠٥م) المتضمن ما يأتي:

«وفاة درويش حسني سنة ١٩٣٤م، وكان قد كتب لولدَيْ بنته لبيبة المتوفاة قبله، وهما: أحمد فتحي، وسميحة عبد العزيز كريم نصيب أمهما لبيبة؛ فكيف يقسم ما كتبه بين ولدَيْ بنته المذكورين؟

الجواب:

إذا كان الحال كما ذكر بالسؤال؛ فإن هذا النصيب الذي كتبه الجد لولدي بنته المتوفاة قبله يقسم عليهما مناصفة؛ حيث لم ينص على غير ذلك، وحيث كان ذلك قبل عام ١٩٤٦م حين سُنَّ قانون الوصية الواجبة الذي يجعل الذكر من الأحفاد مستحقي الوصية الواجبة له حظ الأنثيين، كالميراث.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣١/ ٢٦٩-٢٧٧) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

ومما ذكر يعلم الجواب، والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ومنه: فتوى رقم (٥٤٥) سنة ١٩٥٥م التي ورد فيها: «سأل محمد إبراهيم خليل قال: توفيت حميدة رفاعي الغرباوي سنة ١٩٥١ عن ابنها، وأولاد ابنها ذكر وأنثيين، وبنات ابنها ثلاث إناث، وأبناء بنتها المتوفاة قبلها أيضًا الخمسة فقط؛ فما بيان نصيب كل؟

الجواب:

بوفاة المتوفاة المذكورة بعد العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يكون لأولاد أولادها المتوفين قبلها وصية واجبة في تركتها بمقدار ما كان يستحقه أصولهم لو كانوا أحياءً عند وفاتها في حدود الثلث، ولما كان نصيبهم يزيد على الثلث فيرد إلى الثلث، طبقًا للمادة ٧٦ من قانون الوصية المشار إليه؛ فتقسم تركة المتوفاة المذكورة إلى خمسة عشر سهمًا: لأولاد ابنها إبراهيم من ذلك سهمان للذكر ضعف الأنثى، ولبنات ابنها جاد سهمان أيضًا بالسوية بينهن، ولأبناء بنتها سهم واحد وصية واجبة بالسوية بينهم، والباقي وهو عشرة أسهم يكون تركة مستقلة يأخذها ابنها تعصيبًا.

وهذا إذا لم يكن للمتوفاة المذكورة وارث آخر، ولم توص لأحد من أولاد أولادها المتوفين قبلها بشيء من تركتها، ولم تعطهم جميعًا شيئًا بغير عوض عن طريق تصرف آخر. والله سبحانه وتعالى أعلم»[٢].

ومن فتاوى دار الإفتاء المصرية أيضًا التي تقيدت فيها بالمادة رقم (٣٧) من القانون رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م) بشأن الوصية للوارث ما ورد في «الطلب المقيد برقم (٦٣٤ لسنة ٢٠٠٤م) والمتضمن وفاة محمد عبد الله مرزبان بتاريخ ٢/ ٣/ ٢٠٠٤م عن:

١- زوجته: بيسة عبد العزيز قنديل.

٢- أخته الشقيقة: رئيفة عبد الله.

٣- إخوته لأب وهم: حسين وحسن ونبيل وزينب وهانم.

٤- أولاد أخيه الشقيق أحمد عبد الله ذكورًا وإناثًا.

٥- أولاد أختيه الشقيقتين فوزية وفوقية ذكورًا وإناثًا.

ويذكر السائل أن هناك وصية عرفية لأحد الورثة، ويطلب بيان الحكم الشرعي.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٢/ ١٩٨) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٢٣/ ١١) فتوى رقم ٥٤٥، سجل ٧٦ بتاريخ ٢٠/ ١٢/ ١٩٥٥ من فتاوى فضيلة الشيخ/ حسن مأمون.

الجواب:

تنص المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م على أن «الوصية تصح للوارث ولغير الوارث، وتنفذ في حدود الثلث من غير إجازة الورثة، ولا تنفذ فيما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه».

وما تبقى بعد تنفيذ الوصية يكون هو التركة التي تقسم على الورثة:

- لزوجته المذكورة ربع تركته فرضًا؛ لعدم وجود الفرع الوارث.
- ولأخته الشقيقة رئيفة نصفها؛ لانفرادها.
- ولإخوته لأب المذكورين الباقي بعد الربع والنصف للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا؛ لعدم وجود عاصب أقرب.
- ولا شيء لأولاد أخيه الشقيق أحمد عبد الله؛ لحجب الذكور منهم بإخوته لأب (حسين وحسن ونبيل) الأقرب منهم درجة.
- ولا شيء للإناث من أولاد أخيه، كما لا شيء لأولاد أخته شقيقتيه ذكورًا وإناثًا؛ لأنهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال، ولم يكن للمتوفى المذكور وارث آخر غير من ذكروا.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[1].

ومنها كذلك: الفتوى المقيدة بالطلب رقم ٢٧٥ سنة ١٩٦٢ المتضمن «وفاة المرحوم محمود حلمي في ديسمبر سنة ١٩٦١ عن أولاده: محمد وأحمد وفاطمة وخديجة وسكينة فقط، وكان حال حياته قد حرر ورقة وصية بجميع ما يكون موجودًا حال وفاته من أملاك الثابت فيها والمنقول والنقود لأولاده المذكورين، على أن يكون نصيب الأنثى منهم مساويًا لنصيب الذكر على السواء دون تفرقة، وكتب ورقة الوصية جميعها بخطه ووقعها بإمضائه، وأودعها بمكتب توثيق الشهر العقاري تحت رقم ١٢٨٤٣ سنة ١٩٥٥ بتاريخ ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥.

وطلب السائل الإفادة عن نصيب كل من أولاد المتوفى في تركته؛ حيث يوجد نزاع بينهم في بيان نصيب كل منهم.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٢/ ١٩٩-٢٠١) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

الجواب:

حادثة السؤال تتضمن صدور وصية عرفية من المورث لكل بنت من بناته الثلاث بمثل نصيب أنثى؛ ليكون نصيب كل منهن مساويًا لنصيب الذكر من أولاده، والوصية الاختيارية للوارث جائزة، وتنفذ في حدود الثلث بدون توقف على إجازة الورثة مضافًا إلى الفريضة، وذلك تطبيقًا للمادتين ٣٧، ٤٠ من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦، ولما كانت ورقة الوصية مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها إمضاؤه كذلك، ومودعة بمكتب الشهر العقاري، ولا نزاع في صدورها من المورث، وإنما النزاع في كيفية بيان الأنصبة كما جاء بالسؤال، وكان نصيب البنات صاحبات الوصية الاختيارية لا يزيد على الثلث؛ لأن نصيبهن عن طريق الوصية تطبيقًا لأحكام المادة ٤٠ المذكورة لا يزيد على الثلث؛ فتنفذ الوصية المذكورة بدون توقف على إجازة الورثة، وعلى ذلك فبقسمة تركة المتوفى المذكور إلى عشرة أسهم يكون لكل من ابنيه فيها سهمان تعصيبًا، ويكون لكل بنت من بناته الثلاث سهمان أيضًا، سهم منها عن طريق الوصية الاختيارية، والسهم الآخر عن طريق الميراث تعصيبًا.

وهذا إذا لم يكن للمتوفى المذكور وارث آخر، ولا فرع يستحق وصية واجبة. والله أعلم»[١].

وهذه الفتوى قد تقيدت أيضًا بالمادة رقم (٤٠) من قانون الوصية رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م)، والتي تنص على أنه «إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدًا على الفريضة».

ومن فتاوى دار الإفتاء المصرية أيضًا التي تقيدت فيها بالمادة رقم (٧٦) من القانون رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م) بشأن الوصية الواجبة ما ورد في «الطلب المقيد برقم ٦٣٠ لسنة ٢٠٠٤م المتضمن:

أولا: وفاة المرحوم/ السيد أحمد أبو زيد بتاريخ ١٩٤٠م عن:

١- زوجته جليلة محمد الروبي.

٢- أولاده الموجودين على قيد الحياة وقت وفاته ذكرين وبنت، هم: محمد وأحمد ووهيبة.

٣- بنت ابنته المتوفاة قبله واسمها سعاد محمد عبد السلام.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (١٨/ ٦٨- ٦٩) فتوى رقم ٣١٠، سجل ٩٤ بتاريخ ٢٩/ ٣/ ١٩٦٢ من فتاوى فضيلة الشيخ/ أحمد محمد عبد العال هريدي.

ثانيا: وفاة المرحومة/ جليلة محمد الروبي عام ١٩٧٠ عن:

١- أولادها الموجودين على قيد الحياة ذكرين وبنت واحدة.

٢- بنت ابنتها المتوفاة قبلها فقط.

وطلب السائل بيان من يرث ومن لا يرث، ونصيب كل وارث.

الجواب:

أولا: بوفاة السيد أحمد أبو زيد عام ١٩٤٠ قبل أول أغسطس سنة ١٩٤٦ تاريخ العمل بقانون الوصية الواجبة رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن المذكورين فقط يكون لزوجته جليلة محمد الروبي ثُمُنُ تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ويكون الباقي بعد الثمن لأولاده الموجودين على قيد الحياة وقت وفاته، للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا، ولا شيء لبنت بنته المتوفاة قبله؛ لوفاتها قبل صدور قانون الوصية الواجبة السابق ذكره.

ثانيا: بوفاة جليلة محمد الروبي عام ١٩٧٠ بعد أول أغسطس سنة ١٩٤٦ تاريخ العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ عن المذكورين فقط يكون لبنت بنتها المتوفاة قبلها في تركتها وصية واجبة بمقدار ما كانت تستحقه أمها ميراثًا لو كانت على قيد الحياة وقت وفاة أمها، بشرط ألا يزيد عن الثلث، فإن زاد عن الثلث يرد إلى الثلث طبقًا لنص المادة ٧٦ من ذات القانون. فبقسمة تركة هذه المتوفاة إلى ستة أسهم يكون لبنت بنتها المتوفاة قبلها منها سهم واحد وصية واجبة، ويكون الباقي وقدره خمسة أسهم هو التركة التي تقسم على أولادها الأحياء للذكر منهم ضعف الأنثى تعصيبًا.

هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال، ولم يكن للمتوفاة المذكورة ورثة آخرون ولا فرع يستحق وصية واجبة غير من ذكروا، ولم تكن قد أوصت لبنت بنتها المتوفاة قبلها بشيء، ولا أعطتها شيئًا بغير عوض عن طريق تصرف آخر.

ومما سبق يعلم الجواب، والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٢/ ٢٠٥-٢٠٧) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

ومن الفتاوى كذلك: ما ورد إلى دار الإفتاء المصرية في «الطلب المقيد برقم ١٦ لسنة ٢٠١٥م المتضمن:

- أولًا: وفاة رجل عن: زوجة، وخمسة أبناء، وخمس بنات.
- ثانيًا: وفاة رجل عن: أم، وزوجة، وأربع بنات، وإخوة أشقاء: أربعة ذكور وخمس إناث.
- ثالثًا: وفاة رجل عن: أم، وزوجة، وابنين وأربع بنات.
- رابعًا: وفاة امرأة عام ١٩٩١م عن: ثلاثة أبناء وخمس بنات، وأربع بنات لابنها المتوفى قبلها، وأولاد ابنها الثاني المتوفى قبلها: ابنين وأربع بنات.
- خامسًا: وفاة رجل عن: إخوة أشقاء: ذكرين وخمس إناث، وأولاد أخوين ذكرين شقيقين: ذكرين وثماني إناث.
- سادسًا: وفاة رجل عن: زوجة، وثلاثة أبناء وبنتين.
- سابعًا: وفاة امرأة عن: ولدين: ابن وبنت.
- ثامنًا: وفاة رجل عن: أربع أخوات شقيقات، وأولاد إخوة أشقاء: ذكور وإناث.
- تاسعًا: وفاة امرأة عن: ابن وبنتين.
- عاشرًا: وفاة امرأة عن: أختين شقيقتين، وأولاد إخوة أشقاء: ذكور وإناث.
- حادي عشر: وفاة امرأة عن: أخت شقيقة، وأولاد إخوة أشقاء: ذكور وإناث.

ولم يترك المتوفون المذكورون أي وارث آخر ولا فرع يستحق وصية واجبة غير من ذكروا؛ فما نصيب كل وارث ومستحق؟

الجواب:

- **أولًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثُمُنُ تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولاده الباقي بعد الثُمُن، للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر.
- **ثانيًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأمه سدس تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولبناته ثلثا تركته بالسوية بينهن فرضًا؛ لتعددهن وعدم وجود من يعصبهن، ولإخوته الأشقاء الباقي بعد الثمن والسدس والثلثين للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب.

- **ثالثًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثُمُنُ تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأمه سدس تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولاده الباقي بعد الثُّمُن والسدس للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر.
- **رابعًا:** بوفاة المتوفاة بعد الأول من أغسطس عام ١٩٤٦م تاريخ العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م عن المذكورين فقط يكون لأولاد ابنها المتوفيين قبلها في تركتها وصية واجبة بمقدار ما كان يستحقه أصل كل منهم ميراثًا لو كان على قيد الحياة وقت وفاة والدته، أو الثلث للجميع أيهما أقل؛ على أن يأخذ كل فرع نصيب أصله، طبقًا للمادة ٧٦ من القانون المذكور.

فبقسمة التركة إلى خمسة عشر سهمًا يكون لبنات ابنها الأول سهمان يقسمان بالسوية بينهن وصية واجبة، ولأولاد ابنها الثاني سهمان يقسمان بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وصية واجبة، والباقي وقدره أحد عشر سهمًا يكون هو التركة التي تقسم على ورثتها الأحياء وقت وفاتها؛ فتكون جميعها لأولادها للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض.

- **خامسًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لإخوته الأشقاء جميع تركته للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض ولا عاصب أقرب، ولا شيء لابني أخيه الشقيق؛ لحجبهما بالإخوة الأشقاء الأقرب منهما درجة، ولا لبنات أخويه الشقيقين؛ لكونهن من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.
- **سادسًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لزوجته ثمن تركته فرضًا؛ لوجود الفرع الوارث، ولأولاده الباقي بعد الثمن للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر.
- **سابعًا:** بوفاة المتوفاة عن المذكورين فقط يكون لولديها جميع تركتها للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض.
- **ثامنًا:** بوفاة المتوفى عن المذكورين فقط يكون لأخواته الشقيقات ثلثا تركته بالسوية بينهن فرضًا؛ لتعددهن وعدم وجود من يحجبهن أو يعصبهن، ولأبناء أخويه الشقيقين الباقي بعد الثلثين بالسوية بينهم، كأنهم أبناء أخ شقيق واحد تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب. ولا شيء لبنات إخوته الأشقاء، ولا لولدي أخته الشقيقة؛ لكونهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.
- **تاسعًا:** بوفاة المتوفاة عن المذكورين فقط يكون لأولادها جميع تركتها للذكر مثل حظ الأنثيين تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض.

- **عاشرًا:** بوفاة المتوفاة عن المذكورين فقط يكون لأختيها الشقيقتين ثلثا تركتها مناصفةً بينهما فرضًا؛ لتعددهما وعدم وجود من يحجبهما أو يعصبهما، ولأبناء أخويها الشقيقين الباقي بعد الثلثين بالسوية بينهم، كأنهم أبناء أخ شقيق واحد تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب، ولا شيء لبنات إخوتها الأشقاء، ولا لأولاد أختيها الشقيقتين؛ لكونهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.
- **حادي عشر:** بوفاة المتوفاة عن المذكورين فقط يكون لأختها الشقيقة نصف تركتها فرضًا؛ لانفرادها وعدم وجود من يحجبها أو يعصبها، ولأبناء أخويها الشقيقين الباقي بعد النصف بالسوية بينهم، كأنهم أبناء أخ شقيق واحد تعصيبًا؛ لعدم وجود صاحب فرض آخر ولا عاصب أقرب، ولا شيء لبنات إخوتها الأشقاء، ولا لأولاد أختيها الشقيقتين؛ لكونهم جميعًا من ذوي الأرحام المؤخرين في الميراث عن أصحاب الفروض والعصبات.

هذا إذا كان الحال كما ورد بالسؤال، وإذا لم تكن المتوفاة المذكورة في رابعًا قد أوصت لأولاد ابنيها المتوفيين قبلها أو لأي منهم بشيء، أو أعطتهم أو أيًّا منهم شيئًا بغير عوض عن طريق تصرف آخر؛ وإلا خصم من نصيبه في الوصية الواجبة.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

فهذه الفتاوى وغيرها كثير تقيَّدت فيها دار الإفتاء المصرية بما اختاره التقنين المصري في مسائل الوصية.

ومن الفتاوى التي تقيَّدت فيها دار الإفتاء المصرية أيضًا بقوانين الدولة وأنظمتها في غير الأحوال الشخصية: الفتوى الواردة بشأن حكم إقرار المرتد على ردته، حيث ورد بالسؤال: «اطلعنا على الطلب المقيد برقم ٧٠٤ لسنة ٢٠٠٦م المتضمن السؤال عن مدى جواز إقرار المرتد على ردته، واعتداد السلطات بالدولة بهذه الردة في ضوء أن الإسلام هو دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع.

الجواب:

سبق لدار الإفتاء المصرية أن بينت حكم الشرع الشريف في إحدى هذه القضايا التي عرضت على القضاء كما يأتي:

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٦/ ١٥٦- ١٥٩) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

أولًا: لما خلق الله الخلق لم يتركهم عبثًا، بل أنزل الكتب مع الرسل عن طريق الوحي من لدن آدم إلى خاتم الأنبياء محمد صلى الله عليه وآله وسلم، قال الله تعالى: {وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ} [الذاريات: ٥٦]، وقال تعالى: {إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ} [البقرة: ٣٠]، ولقد بشر الله بالنبي صلى الله عليه وسلم مع كل نبي أرسله، قال على لسان عيسى عليه السلام: {وَمُبَشِّرًۢا بِرَسُولٍ يَأْتِي مِنۢ بَعْدِي ٱسْمُهُۥٓ أَحْمَدُ} [الصف: ٦]، وقال تعالى: {وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُواْ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ} [آل عمران: ٨١]، وقال تعالى: {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ ۚ هُوَ سَمَّىٰكُمُ ٱلْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ وَفِي هَٰذَا لِيَكُونَ ٱلرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ ۚ فَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱعْتَصِمُواْ بِٱللَّهِ هُوَ مَوْلَىٰكُمْ ۖ فَنِعْمَ ٱلْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ ٱلنَّصِيرُ} [الحج: ٧٨]، وقال تعالى: {وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْأٓخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ} [آل عمران: ٨٥]، وقال تعالى: {إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ۗ وَمَا ٱخْتَلَفَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلْعِلْمُ بَغْيًۢا بَيْنَهُمْ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ} [آل عمران: ١٩]، فبين الله أن دين الإسلام هو دينه منذ أن خلق العالم، وأن الأنبياء كلهم مسلمون، وأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم هو خاتم الأنبياء والمرسلين، قال تعالى: {مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا} [الأحزاب: ٤٠].

ثانيًا: دين الإسلام الذي ختم بسيد الخلق لا يكره الناس على أن تعتنقه ابتداءً، بل أقر كل ذي دين على دينه، وقال: {لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ} [الكافرون: ٦]، وقال: {وَقُلِ ٱلْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ ۖ فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ ۚ إِنَّآ أَعْتَدْنَا لِلظَّٰلِمِينَ نَارًا أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا ۚ وَإِن يَسْتَغِيثُواْ يُغَاثُواْ بِمَآءٍ كَٱلْمُهْلِ يَشْوِي ٱلْوُجُوهَ ۚ بِئْسَ ٱلشَّرَابُ وَسَآءَتْ مُرْتَفَقًا} [الكهف: ٢٩]، وقال تعالى: {لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِ ۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَيِّ} [البقرة: ٢٥٦]، كل ذلك في حالة الدعوة التي أمرنا أن تكون بالبينة والبرهان والحكمة والموعظة الحسنة، قال تعالى: {وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ} [النحل: ٤٤]، وقال تعالى: {وَمَا عَلَى ٱلرَّسُولِ إِلَّا ٱلْبَلَٰغُ ٱلْمُبِينُ} [النور: ٥٤]، وقال تعالى: {هَٰذَا بَيَانٌ لِّلنَّاسِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ} [آل عمران: ١٣٨]، وقال تعالى: {ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ} [النحل: ١٢٥].

ثالثًا: أما الذي دخل الإسلام طواعية من غير إكراه، وعن بينة حملته على تغيير دينه إلى دين الإسلام؛ فلا يجوز له أن يخرج عن النظام العام لمجتمعه، ويطالب أن يغير اسمه وديانته بعد أن غيرها أول مرة، ويجاهر بردته؛ فيصد الناس عن دين الحق بهذا الاضطراب الذي يظهره فيتعلق به حقوق الآخرين، حيث ينطوي عمله هذا على استهتار بالأمر ودعوة للارتداد، ويظهر للناس أنه قد ملَّ من دين الإسلام، وكأنه في ظنه الفاسد قد أدرك شيئًا لم يدركه غيره؛ فيكون بذلك قد أضرَّ الغير، ولا علاقة لذلك حينئذ بالاعتماد على حرية الدين؛ فإن حرية الدين مكفولة ابتداءً، وليست مكفولة بالتلاعب بالإسلام والمسلمين، فكما لم يكره المسلمون هذا على الدخول في ديانتهم؛ فإنهم لا يسمحون له بإعلان هذه الردة؛ لما فيها من خروج على النظام العام، ولما فيها من قدح في جماعة المسلمين.

رابعًا: فإذا قامت الشبهات في قلب من أسلم حتى عكرت عليه إيمانه؛ فإنه يجب عليه من الناحية الاجتماعية، وحتى لا يقع الضرر المشار إليه بجماعة المسلمين ألا يظهر هذا، وحسابه عند ربه، وهي الطائفة التي عرفت بالمنافقين، قال تعالى: {إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزۡدَادُواْ كُفۡرٗا لَّمۡ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغۡفِرَ لَهُمۡ وَلَا لِيَهۡدِيَهُمۡ سَبِيلَۢا} [النساء: ١٣٧]، وقال تعالى: {إِنَّ ٱلۡمُنَٰفِقِينَ فِي ٱلدَّرۡكِ ٱلۡأَسۡفَلِ مِنَ ٱلنَّارِ وَلَن تَجِدَ لَهُمۡ نَصِيرًا} [النساء: ١٤٥]، وقال تعالى على أولئك الذين يريدون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا: {إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ وَأَنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ} [النور: ١٩]، وقال تعالى: {۞لَّئِن لَّمۡ يَنتَهِ ٱلۡمُنَٰفِقُونَ وَٱلَّذِينَ فِي قُلُوبِهِم مَّرَضٞ وَٱلۡمُرۡجِفُونَ فِي ٱلۡمَدِينَةِ لَنُغۡرِيَنَّكَ بِهِمۡ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَآ إِلَّا قَلِيلٗا} [الأحزاب: ٦٠]؛ وذلك ارتكابًا لأخف الضررين ودفعًا لأشد المفسدتين حينما تتعارض حقوق الفرد مع حقوق المجتمع.

خامسًا: وجدير بالذكر أن ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الثانية من أن «لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء»، وفي مادته الثامنة عشرة من أن «لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، سواء أكان ذلك سرًّا أم مع جماعة» إنما هو مقيد بما تنص عليه قوانين الدول في شروط هذه الحرية، وفي شروط تغيير الديانة أو العقيدة، وأن ما ورد في الميثاق العربي لحقوق الإنسان في مادته السادسة والعشرين من أن «حرية العقيدة والفكر والرأي مكفولة لكل فرد»، وفي مادته السابعة والعشرين من أن «للأفراد من كل دين الحق في ممارسة شعائرهم الدينية، كما لهم الحق في التعبير عن أفكارهم عن طريق العبادة أو الممارسة أو التعلم، وبغير إخلال بحقوق الآخرين»، ولا يجوز فرض أية قيود

على ممارسة حرية العقيدة والفكر والرأي إلا بما نص عليه القانون لا علاقة له بإظهار الارتداد، كما ورد النص بذلك في المادة ٢٧ سالفة الذكر، وبغير إخلال بحقوق الآخرين إلا بما نص عليه القانون.

وعليه فإن الردة عن الإسلام غير مقبولة شرعًا، وهي من الكبائر العظام التي تنقل صاحبها من الإيمان إلى الكفر، والتي تعارض النظام العام للدولة، والذي يحرص على حفظ النفس والعقل والدين والعرض الذي هو كرامة الإنسان والمال، وأن عدم قبول إظهار الردة أمر تنظيمي لا علاقة له بمكنون الضمير الذي هو ملك صاحبه، يعتقد ما يشاء ويكفر بما يشاء، أما الآثار الظاهرة فهو موضوع آخر. والله سبحانه وتعالى أعلم»[(١)].

ومن ذلك أيضًا استناد دار الإفتاء المصرية في فتواها بخصوص حكم سماع الموسيقى واستعمال الآلات الموسيقية -ضمن ما استندت إليه- على سلطة ولي الأمر في التخير في الأمور الاجتهادية حسب ما يراه محققًا للمصلحة، والإلزام به.

جاء ذلك في الفتوى التي صدرت جوابًا على «الطلب المقيد برقم ٤٣١ لسنة ٢٠٠٦م المتضمن: أنهم خصصوا حصصًا للأناشيد الدينية والوطنية وتعليم السلوكيات بمصاحبة الأورج لفصول الحضانة والصفوف الأولى من المرحلة الابتدائية؛ لصغر هذه المرحلة واحتياجها للترفيه، ثم فوجئوا بالاعتراضات على ذلك من داخل المعهد وخارجه، حتى وجدوا بعض التلاميذ يجعلون أصابعهم في آذانهم امتثالا لأمر آبائهم بأن الموسيقى حرام، بل وطلبوا الخروج من الفصل أثناء حصص الأناشيد، كما اعترض أيضًا محفظو القرآن؛ فما هو الحكم الشرعي في ذلك؟»[(٢)].

فكان الجواب:

«الموسيقى: علم يعرف منه أحوال النغم والإيقاعات وكيفية تأليف اللحون، وإيجاد الآلات، وتطلق كذلك على الصوت الخارج من آلات العزف[(٣)].

ومسألة سماع الموسيقى مسألة خلافية فقهية، ليست من أصول العقيدة، وليست من المعلوم من الدين بالضرورة، ولا ينبغي للمسلمين أن يفسق بعضهم بعضًا، ولا أن ينكر بعضهم على بعض بسبب تلك المسائل الخلافية؛ فإنما ينكر المتفق عليه، ولا ينكر المختلف فيه، وطالما أن هناك من الفقهاء من أباح الموسيقى، وهؤلاء ممن يعتد بقولهم ويجوز تقليدهم؛ فلا يجوز تفريق الأمة بسبب تلك المسائل الخلافية، خاصة وأنه لم يرد نص في الشرع صحيح صريح في تحريم الموسيقى، وإلا ما ساغ الخلاف بشأنها.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٢٠١-٢٠٦) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٩٤).

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٨/ ١٦٨ حرف الميم، معازف.

وعمدة القائلين بالتحريم وهم الجمهور ظواهر بعض الآيات القرآنية الكريمة التي حملها جماعة من المفسرين على الغناء والمزامير، كقوله تعالى: {وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ بِغَيۡرِ عِلۡمٖ وَيَتَّخِذَهَا هُزُوًا} [لقمان: ٦]، وقوله تعالى: {وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ} [المؤمنون: ٣]، وقوله تعالى: {وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ} [الإسراء: ٦٤]، ومن السنة حديث أبي عامر أو أبي مالك الأشعري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((**ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف**)) رواه البخاري في الصحيح معلقًا... إلى غير ذلك من الأحاديث في هذا المعنى. وذهب كثير من المحققين من أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى أن الضرب بالمعازف والآلات ما هو إلا صوتٌ حَسَنُهُ حَسَنٌ وقَبيحُهُ قَبيحٌ، وأن الآيات القرآنية ليس فيها نهي صريح عن المعازف والآلات المشهورة، وأن النهي في حديث البخاري إنما هو عن المجموع لا عن الجميع، أي أن تجتمع هذه المفردات في صورة واحدة، والحر هو الزنا، والحرير محرم على الرجال؛ فالمقصود النهي عن الترف وليس المقصود خصوص المعازف، وقد تقرر في الأصول أن الاقتران ليس بحجة؛ فعطف المعازف على الزنا ليس بحجة في تحريم المعازف، وأن الأحاديث الأخرى منها ما لا يصح، ومنها ما هو محمول على ما كان من المعازف ملهيًا عن ذكر الله، أو كان سببًا للفواحش والمحرمات، فالصحيح منها ليس صريحًا، والصريح منها ليس صحيحًا. وهذا مذهب أهل المدينة، وهو مروي عن جماعة من الصحابة كعبد الله بن عمر، وعبد الله بن جعفر، وعبد الله بن الزبير، وحسان بن ثابت، ومعاوية، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، ومن التابعين القاضي شريح، وسعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، والزهري، والشعبي، وسعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، وكان لا يحدث حديثًا حتى يضرب بالعود، وغيرهم.

قال إمام الحرمين في النهاية: «نقل الأثبات من المؤرخين أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما كان له جوارٍ عوادات- أي يضربن بالعود- وأن ابن عمر رضي الله عنهما دخل عليه وإلى جنبه عود، فقال: ما هذا يا صاحب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ فناوله إياه، فتأمله ابن عمر؛ فقال: هذا ميزان شامي، قال ابن الزبير: يوزن به العقول». اهـ.

وعلى هذا المذهب ابن حزم وأهل الظاهر وبعض الشافعية، ومنهم الأستاذ أبو إسحاق الشيرازي، والماوردي، والروياني، وأبو منصور البغدادي، والرافعي، وحجة الإسلام الغزالي، وأبو الفضل بن طاهر القيسراني، والإمام عز الدين بن عبد السلام، وشيخ الإسلام تقي الدين بن دقيق العيد، وعبد الغني النابلسي الحنفي... وغيرهم.

وقد صنف في إباحة الآلات والمعازف جماعة من أهل العلم، كابن حزم الظاهري في رسالته في السماع، وابن القيسراني في كتاب السماع، والأدفوي في الإمتاع بأحكام السماع، وأبي المواهب الشاذلي المالكي في فرح الأسماع برخص السماع، وغيرهم كثير.

وممن صرح بإباحة الآلات والمعازف حجة الإسلام الغزالي رحمه الله؛ حيث قال: «اللهو معين على الجد، ولا يصبر على الجد المحض والحق المر إلا نفوس الأنبياء عليهم السلام، فاللهو دواء القلب من داء الإعياء والملال؛ فينبغي أن يكون مباحًا، ولكن لا ينبغي أن يستكثر منه، كما لا يستكثر من الدواء، فإذا كان اللهو على هذه النية يصير قربة، هذا في حق من لا يحرك السماع من قلبه صفة محمودة يطلب تحريكها، بل ليس له إلا اللذة والاستراحة المحضة؛ فينبغي أن يستحب له ذلك؛ ليتوصل به إلى المقصود الذي ذكرناه، نعم هذا يدل على نقصان ذروة الكمال؛ فإن الكامل هو الذي لا يحتاج أن يروح نفسه بغير الحق، ولكن حسنات الأبرار سيئات المقربين، ومن أحاط بعلم علاج القلوب ووجوه التلطف بها لسياقتها إلى الحق علم قطعًا أن ترويحها بأمثال هذه الأمور دواء نافع لا غنى عنه»[1].

وكذلك سلطان العلماء العز بن عبد السلام نقل عنه أن الغناء بالآلات وبدونها قد يكون سبيلا لصلاح القلوب، فقال: «الطريق في صلاح القلوب يكون بأسباب من خارج، فيكون بالقرآن وهؤلاء أفضل أهل السماع، ويكون بالوعظ والتذكير، ويكون بالحداء والنشيب، ويكون بالغناء بالآلات المختلف في سماعها كالشبابات، فإن كان السامع لهذه الآلات مستحلا سماع ذلك فهو محسن بسماع ما يحصل له من الأحوال، وتارك للورع لسماعه ما اختلف في جواز سماعه»[2]. وقال الشيخ ابن القماح: «سئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام عن الآلات كلها، فقال: مباح، فقال الشيخ شرف الدين التلمساني: يريد أنه لم يرد دليل صحيح من السنة على تحريمه، يخاطب بذلك أهل مصر، فسمعه الشيخ عز الدين فقال: لا، أردت أن ذلك مباح»[3]. ونقل القرطبي في الجامع لأحكام القرآن قول القشيري: ((ضرب بين يدي النبي صلى الله عليه وآله وسلم يوم دخل المدينة؛ فهمَّ أبو بكر بالزجر؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: **دعهن يا أبا بكر؛ حتى تعلم اليهود أن ديننا فسيح**، فكنَّ يضربن ويقلن: نحن بنات النجار، حبذا محمد من جار))، ثم قال القرطبي: «وقد قيل: إن الطبل في النكاح كالدف، وكذلك الآلات المشهرة للنكاح يجوز استعمالها فيه بما يحسن من الكلام، ولم يكن فيه

(١) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ٢/ ٢٢٦ المطبعة الأزهرية.

(٢) التاج والإكليل للعبدري المالكي ٢/ ٦٢ دار الفكر.

(٣) فرح الأسماع برخص السماع لأبي المواهب الشاذلي.

رفث»[١]. ونقل الشوكاني في نيل الأوطار في باب ما جاء في آلة اللهو أقوال المحرمين والمبيحين، وأشار إلى أدلة كل من الفريقين، ثم عقب على حديث ((**كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل إلا رميه بقوسه وتأديبه فرسه وملاعبته أهله؛ فإنهن من الحق**)) بقول الغزالي: قلنا: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((باطل)) لا يدل على التحريم، بل يدل على عدم الفائدة. ثم قال الشوكاني: «وهو جواب صحيح؛ لأن ما لا فائدة فيه من قسم المباح»، وساق أدلة أخرى في هذا الصدد، من بينها حديث من نذرت أن تضرب بالدف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن رده الله سالمًا من إحدى الغزوات، ((وقد أذن لها صلى الله عليه وآله وسلم بالوفاء بالنذر والضرب بالدف)). رواه الترمذي وصححه من حديث بريدة رضي الله عنه، فالإذن منه يدل على أن ما فعلته ليس بمعصية في مثل ذلك الموطن، وأشار الشوكاني إلى رسالة له عنوانها «إبطال دعوى الإجماع على تحريم مطلق السماع»[٢]. وقال ابن حزم: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**))، فمن نوى استماع الغناء عونًا على معصية الله تعالى فهو فاسق، وكذلك كل شيء غير الغناء، ومن نوى به ترويح نفسه ليقوى بذلك على طاعة الله عز وجل، وينشط نفسه بذلك على البر فهو مطيع محسن، وفعله هذا من الحق، ومن لم ينو طاعة ولا معصية فهو لغو معفو عنه، كخروج الإنسان إلى بستانه متنزهًا، وقعوده على باب داره متفرجًا»[٣].

ونخلص في كل ما سبق إلى أن الغناء بآلة -أي مع الموسيقى- وبغير آلة مسألة ثار فيها الجدل والكلام بين علماء الإسلام منذ العصور الأولى، فاتفقوا في مواضع، واختلفوا في أخرى، اتفقوا على تحريم كل غناء يشتمل على فحش أو فسق أو تحريض على معصية؛ إذ الغناء ليس إلا كلامًا فحسنه حسن، وقبيحه قبيح، وكل قول يشتمل على حرام فهو حرام، فما بالك إذا اجتمع له الوزن والنغم والتأثير؟! واتفقوا على إباحة ما خلا من ذلك من الغناء الفطري الخالي من الآلات والإثارة، وذلك في مواطن السرور المشروعة، كالعرس وقدوم الغائب وأيام الأعياد ونحوها، واختلفوا في الغناء المصحوب بالآلات، والذي نرجحه ونميل إلى القول به هو جواز استعمال المعازف وسماعها بشرط اختيار الحسن وعدم الاشتغال بما يلهي عن ذكر الله تعالى، أو يجر إلى الفساد، أو يتنافى مع الشرع الشريف؛ إذ ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم ولا في معقولهما من القياس والاستدلال ما يقتضي تحريم مجرد سماع الأصوات الطيبة الموزونة مع آلة من الآلات، بل الفطرة النقية تستملح الأصوات الجميلة وتستعذبها، حتى قيل: إن قرار ذلك في الفطر مرده إلى خطاب الله

(١) تفسير القرطبي ١٤/ ٥٤.

(٢) نيل الأوطار ٨/ ١١٨.

(٣) المحلى لابن حزم ٧/ ٥٦٧.

سبحانه لبني آدم في عالم الذر عندما أخذ العهد عليهم بقوله: {أَلَسۡتُ بِرَبِّكُمۡ}، وهذا هو ما نراه أوفق لعصرنا، وينبغي في هذا المقام التنبيه على عدة نقاط:

١- جواز التخير من مذاهب المجتهدين والأئمة المتبوعين؛ فإن مسائل الشرع الشريف على قسمين:

قسم انعقد الإجماع عليه وأصبح معلومًا من الدين بالضرورة، سواء أكان مستنده قطعي الدلالة في الأصل، أم صار كذلك بإجماع الأمة على حكمه، وهذا القسم لا تجوز مخالفته؛ لأنه يشكل هوية الإسلام، والقدح فيه قدح في الثوابت الدينية المستقرة.

والقسم الثاني: هو تلك المسائل التي اختلف أهل العلم في حكمها، ولم ينعقد عليها الإجماع، فالأمر فيها واسع، واختلافهم فيها رحمة، ويجوز للمسلم أن يأخذ بأي الأقوال فيها.

٢- الإنكار يكون في المجمع عليه، فقد ذكر العلامة السيوطي في الأشباه والنظائر «أنه لا ينكر المختلف فيه، وإنما ينكر المجمع عليه»، وهذا يعني أن المسألة إذا اختلف فيها أهل المذاهب الفقهية؛ فلا يصح لأهل مذهب أن ينكروا على أهل مذهب آخر؛ لأن المسألة مختلف فيها.

٣- التفريق بين حد الفقه والحكم وبين حد الورع، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن حد الورع أوسع من حد الحكم الفقهي؛ وذلك لأن المسلم قد يترك كثيرًا من المباح تورعًا، ولكن هذا لا يعني أن يلزم غيره بذلك على سبيل الوجوب الشرعي فيدخل في باب تحريم الحلال، ولا أن يعامل الظني المختلف فيه معاملة القطعي المجمع عليه؛ فيدخل في الابتداع بتضييق ما وسعه الله ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم، بل عليه أن يلتزم بأدب الخلاف، كما هو منهج السلف الصالح في المسائل الخلافية الاجتهادية.

٤- سلطة ولي الأمر في أن يأخذ في المسائل الخلافية بما يراه محققًا للمصلحة، فمن المعلوم أن كل راع مسؤول عن رعيته، وأن المسؤولية والسلطة وجهان لعملة واحدة، وقد أناط الشرع الشريف هذه الرعاية بالمصلحة، **فلولي الأمر المسلم أن يتخير في الأمور الاجتهادية ما يراه محققًا للمصلحة، وأن يلزم من هم في رعايته بذلك.**

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فما فعله المعهد ويفعله من مصاحبة الأورج للأناشيد وصعود التلاميذ للفصول على الموسيقى هو أمر جائز شرعًا لا حرمة فيه، وليس للمسلم أن يتهم إخوانه بالخروج عن الشرع الشريف في أمر وسع سلفنا الصالح الخلاف فيه، بل عليه أن يلتزم بأدب الخلاف، وألا ينكر مذهبًا أخذ به طائفة كبيرة من أهل العلم ممن لا يبلغ المنكِر معشار درجتهم، وليس هو أتقى لله تعالى منهم، ولا أكثر منهم ورعًا واتباعًا للمصطفى صلى الله عليه وآله وسلم.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

فهذه الفتاوى وغيرها كثير تقيَّدت فيها دار الإفتاء المصرية بالتقنينات المصرية، التي قررنا أن اختيار الحاكم فيها يرفع الخلاف، ولا يسع المفتي فيها مخالفته، طالما أن هذه الاختيارات والتقنينات والأحكام لا تخالف النصوص القطعية ولا مبادئ الشريعة الإسلامية، وتدور في فلك المذاهب الفقهية المعتبرة، وتتغيا المصلحة العامة.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٣٠/ ٣٩٥-٤٠٣) من فتاوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ علي جمعة.

المبحث السابع

أهمية التواؤم بين مؤسسات الدولة

إذا كانت الفتوى والقضاء كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى في واقعة معينة لتحقيق الحق والعدل -رغم ما بينهما من فروق سبق بيانها- فإن التواؤم بينهما ضرورة؛ لئلا تضطرب الأمور وتختلط على الناس وتحدث الفوضى، ويؤدي ذلك إلى الطعن في مؤسسات الدولة؛ ومن ثم انهيارها في نفوس الناس، وكفى بذلك شرًّا وخطرًا.

ومن المقرر أن الفتوى تعتمد على ما يقرره السائل المستفتي؛ ومن ثم تصدر الفتوى على فرض صحة كلامه؛ ولذلك يتحفظ المفتي عند إصدار فتواه إذا لم يكن متيقنًا من صدق السائل بقوله: إذا كانت الحال كما ذكر في السؤال...

بينما الحكم القضائي يصدر بناءً على الأدلة والبيِّنات والقرائن التي تكون بين يدي القاضي.

ومن هنا فقد تتعارض الفتوى في واقعة معينة مع الحكم القضائي فيها من هذه الجهة، فقد يكون صاحب الحق فاقدًا للدليل أمام القضاء؛ فلا يلبي القاضي طلبه، بينما يفتيه المفتي بناءً على قوله المجرد وإن لم يقدم أدلة عليه؛ لأنه ليس من شأن المفتي أن ينظر في أدلة الوقائع وقرائنها ولا أن يطلب شهودًا ونحو ذلك مما هو من اختصاص القضاء. وهذا الذي يعبر عنه الفقهاء بالتعارض في الحكم بين الظاهر والباطن، أو نفاذ الحكم ديانةً وقضاءً، أو قضاءً فقط[(١)].

والديانة: ما يكون بين العبد وبين الله تعالى مما لا يمكن إثباته في القضاء؛ لعدم قيام البينة عليه؛ ومن ثم فلا يستطيع القاضي أن يقضي به بلا بينة. والديانة هي التي يحاسَب عليها عند الله تعالى[(٢)].

والحقوق يقسمها الفقهاء من هذه الحيثية إلى حقوق واجبة ديانةً فقط، وحقوق واجبة قضاءً فقط، وحقوق واجبة ديانةً وقضاءً.

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٨).

(٢) راجع: تيسير التحرير لأمير بادشاه (٢/ ٦١) ط. مصطفى الحلبي سنة ١٣٥١هـ، ومعجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعة جي ص(١٨٨) ط. دار النفائس- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م، ومصطلحا الديانة والقضاء عند الأصوليين والفقهاء «دراسة تأصيلية تطبيقية» للدكتور/ أحمد المصباحي، بحث بمجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية الصادرة عن جامعة الأندلس للعلوم والتقنية بصنعاء- اليمن، العدد (١٨) المجلد (٥) يونيه ٢٠١٨م ص(٦١)، وراجع أيضًا: أصول السرخسي (١/ ١٨١) بتحقيق أبي الوفا الأفغاني، ط. دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

فالحقوق الواجبة ديانةً فقط: ما كان واجب الأداء في الذمة بحكم شرعي أو التزام، وليس هناك دليل يثبته أمام القضاء، وذلك مثل: الطلاق بلا شهود أو توثيق.

والحقوق الواجبة قضاءً فقط: ما كان واجب الأداء لوجود أدلة مقبولة تثبته أمام القضاء، وإن لم يكن في حقيقة الأمر كذلك، مثل: الطلاق الموثق الواقع بسبب الإكراه الذي لا يمكن إثباته، أو انتزاع ملكية شيء من مالكه الحقيقي وادعاء ملكيته؛ لعدم ما يثبت ملكية صاحبه، وحيازته من قبل غاصبه؛ فيحكم بالملكية لحائزه، وكالأقضية المستندة إلى تقارير وبينات كاذبة.

والحقوق الواجبة ديانةً وقضاءً: هي تلك الحقوق الواجبة الأداء في الذمة بحكم شرعي أو التزام، ويمكن إثباتها بالأدلة، مثل: الطلاق الموثق أو أمام شهود[١].

وقد يعبرون عن الديانة بالباطن، وعن القضاء بالظاهر.

قال الزركشي: «الحكم هو على ثلاثة أقسام: الأول: ما يؤاخذ به في الظاهر دون الباطن، وهو مسائل التديين في الطلاق.

الثاني: ما يؤاخذ به في الباطن دون الظاهر، كما لو باع المال الزكوي فرارًا من الزكاة يسقط عنه في الظاهر، وهو مطالب فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك إذا طلق المريض زوجته فرارًا من الإرث، وكذا لو أقر لوارثه لحرمان الباقي، وكذا لو سعى رجل إلى ظالم فأخذ منه مالا، وقيل: يضمنه باطنًا لا ظاهرًا، حكاه الروياني وزيفه، فإن الضمان لو وجب في الباطن لوجب في الظاهر، وكذا إقرار السفيه بالمال لا يلزمه في الظاهر دون الباطن.

الثالث: ما يؤاخذ به في الظاهر والباطن وهو كثير»[٢].

والأصل أن أحكام الديانة التي هي حكم الباطن هي حكم الله تعالى في الظاهر إذا ثبتت، والحكم قضاء يعتبر حكم الدنيا، ويجب شرعًا على كل من يقضى له بما ليس له حقيقة وفي باطن الأمر أن يدعه؛ فالقاضي أو الحاكم يحكم بما ثبت عنده، وبظاهر الأمور، وليس ببواطنها؛ فالحقيقة يعلمها صاحبها. والواجب أن يوافق حكم القضاء أو الظاهر أحكام الديانة والباطن ما أمكن؛ لأن الشأن في القضاء أن يقرر ما هو حلال ويحكم به، ويبطل ما هو حرام ولا يحكم به، وإذا تعذر إثبات ما يحل ديانة وما لا يحل؛ فهذا لا يمنع من إبقائه خاضعًا لأحكام القضاء، فيقضي القاضي بموجب وسائل

---

(١) راجع: مصطلحا الديانة والقضاء عند الأصوليين والفقهاء ص(٦٤)، وما يحكم فيه قضاء لا ديانة لمحمد حسن المشيخي ص(١٩) رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٤٣٤هـ.

(٢) المنثور في القواعد (٢/ ٦٧-٦٨).

الإثبات، وحسب الدلائل التي تثبت لديه، ولا يحكم بالباطن الذي لا دليل عليه. وأمور الناس والدنيا لا تستقيم إلا هكذا[١].

قال القرافي: «قاعدة: لله تعالى أحكام في الظاهر على يد الحاكم لا تثبت في الباطن على ألسنة المفتين، كالأقضية المستندة إلى الأقارير والبينات الكاذبة، وكل حكم في الباطن فهو حكم الله تعالى في الظاهر إذا ثبت، وقد يثبت في القضاء ما لا يثبت في الفتوى»[٢].

وقال في موضع آخر: «القضاء وإن لم ينقض فلا يتغير به الحكم الباطن، بل هو على المكلف على ما كان قبل قضاء القاضي، وإنما القضاء إظهار لحكم الشرع لا اختراع له؛ فلا يحل للمالكي شفعة الجار إذا قضى له بها الحنفي، ولا يحل لمن أقام شهود زور على نكاح امرأة فحكم له القاضي لاعتقاده عدالتهم بنكاحها وإباحة وطئها -أن يطأها ولا أن يبقى على نكاحها»[٣].

وبناءً على ذلك: فإن العلاقة بين مصطلحي الديانة والقضاء ليست علاقة عموم وخصوص مطلق -كما ادعى البعض[٤]- فإن كل حق قضائي ليس بالضرورة أن يكون حقًّا من جهة الديانة، كما فيما مرَّ من أمثلة.

ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم: **((إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ وَ أَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ))**[٥].

قال ابن فرحون: «وحكم الحاكم لا يحل حرامًا، ولا يحرم حلالًا على من علمه في باطن الأمر؛ لأن الحاكم إنما يحكم بما ظهر وهو الذي تعبد به، ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم»[٦]. قال: «وهذا إجماع من أهل العلم في الأموال»[٧].

---

(١) انظر: طلاق المخطئ بين الديانة والقضاء «دراسة فقهية معاصرة» للدكتور/ محمود بهجت عبد الرحمن، بحث بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالقاهرة- جامعة الأزهر، المجلد (٣٩) العدد الثاني، ديسمبر ٢٠٢٠م ص(٢٠٦٦- ٢٠٦٧).

(٢) الذخيرة (٤/ ١٨٥).

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص(١٢١).

(٤) انظر: مصطلحا الديانة والقضاء عند الأصوليين والفقهاء ص(٦٥).

(٥) متفق عليه، وسبق تخريجه.

(٦) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٨٤).

(٧) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٨٤).

ثم حكى الخلاف في غير الأموال، قال: «واختلفوا في انعقاد النكاح أو حَلِّ عقده بظاهر ما يقضي به الحاكم وهو خلاف الباطن، فذهب مالك والشافعي رحمهم الله وجمهور أهل العلم إلى أن الأموال والفروج في ذلك سواء؛ لأنها حقوق كلها تدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام: ((**فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ**))، فلا يحل منها القضاء الظاهر ما هو حرام في الباطن.

وقال أبو يوسف وأبو حنيفة وكثير من أصحابنا المالكية على ما حكى عنهم أبو عمر بن عبد البر: إنما ذلك في الأموال خاصة. فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل أنه طلق امرأته فقبل القاضي شهادتهما لظاهر عدالتهما، وهما قد تعمدا الكذب أو غلطا؛ ففرق القاضي بشهادتهما بين الرجل وامرأته ثم اعتدت المرأة فإنه جائز لأحد الشاهدين أن يتزوجها وهو عالم بأنه كاذب في شهادته، قالوا: لأنها لما حلت للأزواج بالحكم الظاهر فالشاهد وغيره سواء؛ لأن قضاء القاضي وحكمه فرق بينهما وقطع العصمة، ولولا ذلك ما حلت لزوج غيره. واحتجوا بحكم اللعان، وقالوا: معلوم أن الزوجة إنما وصلت إلى فراق زوجها باللعان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه ما فرق بينها وبين زوجها. قالوا: وكل من شهد عليه بالنكاح أو بالطلاق وقضى عليه بذلك لم يمكنه الامتناع منه، ولزم الحكم بشهادة الشهود عليه، وكانت فرقته في الظاهر فرقة عامة، فلما كان كذلك دخل فيه الشاهد وغيره، انتهى من المقدمات. وقال ابن عبد السلام: ومن ذلك لو قام له شاهدا زور أنه نكح امرأة فحكم القاضي بها حل له وطؤها، وكذلك لو شهد رجلان على امرأة أنها زوجة لفلان، وهي في باطن الأمر زوجة لغيره فإنها تحل لهذا الذي شهد له بها، ومن ذلك الحكم بشفعة الجوار لا تحل للمالكي، ولا يجوز له التمسك بها؛ لأنه يعتقد بطلان ما حكم له به، فهو يشبه ما تقدم، وليس منه؛ لأن الحاكم في الصور الأول لو علم باطن أمر الشهود لم يحكم بذلك بخلاف الشفعة، وعلى ما قالوه في الشفعة لو غصب غاصب شيئًا ونقله عن مكان الغصب، وكان مما اختلف فيه، هل يفوت بالنقل أم لا فقضى القاضي لربه بأخذه، وكان مذهبه أنه يفوت بنقله، وتجب فيه القيمة، فينبغي على هذا أن لا يكون لربه التصرف فيه»[1].

ومع تقديرنا لرأي الإمام أبي حنيفة ومن معه؛ إلا أن رأي الجمهور أرجح؛ فإن غير الأموال أولى وأولى من الأموال في ألا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم.

ومعلوم أن الفروج يحتاط فيها أكثر من غيرها؛ وإلا صارت ألعوبة في أيدي شهود الزور، كما في التطبيقات التي حكاها ابن فرحون.

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (١/ ٨٤- ٨٥).

واللعان حكم له طبيعته وظروفه الخاصة التي تختلف عما نحن بصدده.

والحديث -الذي هو عمدة هذا الباب- عبَّر بالحق ((**فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا**))، والحق نقيض الباطل، وهو اسم من أسماء الله تعالى، ومن ذلك قول الله سبحانه: {ثُمَّ رُدُّوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ مَوْلَىٰهُمُ ٱلْحَقِّ}[١]، ويعني: الثابت بلا شك، ويطلق كذلك على الواجب[٢].

ويستعمله الفقهاء بمعانٍ عديدةٍ كلها يرجع إلى المعنى اللغوي[٣]، كقولهم: حق التعلّي وحق الشرب وحق المسيل، وغيرها من حقوق الدار أو حقوق الارتفاق الثابتة واللازمة لها. وقولهم أيضًا: حقوق العقد، أي: ما يتبعه من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ حكمه، كتسليم المبيع ودفع الثمن في عقد البيع.

أو كما عبر الدكتور/ نزيه حماد أنهم يستعملونه بمعنى عام يشمل كل ما يثبت للشخص من ميزات ومكنات، سواء أكان الثابت شيئًا ماليًّا أم غير مالي[٤].

كما يستعملونه في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة، بمعنى المصالح الاعتبارية أو الحقوق المجرَّدة، كحق الشفعة، وحق الطلاق، وحق الحضانة، وحق الولاية، وحق الخيار، ونحوها[٥].

ولذلك فإن القول بنفاذ حكم القاضي في الظاهر والباطن ضمانًا لاستقرار الأحكام يناقض الإجماع الذي حكاه ابن فرحون فيما يتعلق بالأموال، ولا يخفى أن أغلب خصومات الناس فيها.

وأيًّا ما كان الأمر فإذا صدر حكم القضاء مخالفًا للحق في باطن الأمر وحقيقته بناءً على ما ثبت لديه من بيِّنات؛ فإن هناك مجالًا للطعن فيه ونقضه.

---

(١) سورة الأنعام: آية رقم (٦٢).

(٢) انظر: لسان العرب (١٠/ ٤٩- ٥٨) مادة (حقق)، والمعجم الوسيط ص(١٨٧- ١٨٨) مادة (حقّ).

(٣) انظر: الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى للشيخ علي الخفيف ص(٥٦) ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، سنة ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م، والمدخل للفقه الإسلامي ص(٤٢٤)، وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ص(٢٩٦) ط. دار النهضة العربية- بيروت، بدون تاريخ، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد الحسيني حنفي ص(٣٠٥- ٣٠٦).

(٤) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(١٨١) ط. دار القلم- دمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٤م، وانظر أيضًا: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ص(٢٩٦).

(٥) راجع: الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى ص(٥٨)، والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ/ مصطفى الزرقا ص(٢١) ط. دار القلم- دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م، والمدخل للفقه الإسلامي ص(٤٢٧- ٤٢٨)، وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ص(٢٩٦)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(١٨١).

يقول الزركشي: «مدار نقض الحكم على تبيُّن الخطأ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي، حيث تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه، ويكون الحكم مرتبًا على سبب صحيح، وإما في السبب حيث يكون الحكم مرتبًا على سبب باطل، كشهادة الزور، وفي القسمين تبين أن الحكم لم ينفذ في الباطن، خلافًا لأبي حنيفة في الثاني في العقود والفسوخ، وأما الحكم الصادر على سبب صحيح وهو موافق لحكم الشرع إجماعًا أو نصًّا أو قياسًا جليًّا، فنافذ قطعًا ظاهرًا وباطنًا، والصادر على سبب صحيح، ولكنه في محل مختلف فيه أو مجتهد فيه متقدم فيه خلاف، ولا دليل على رده؛ فنافذ ظاهرًا وباطنًا أيضًا، وقيل: لا ينفذ باطنًا في حق من لا يعتقده. ومثاله: شفعة الجوار، إذا حكم بها حنفي، والأصح حلها على ما قاله صاحب المهذب. ورجل مات عن ابنين فادعى رجل عليه دينًا فأقر به أحدهما، وأنكره الآخر؛ فقضى القاضي على المقر بكل الدين، قال القاضي الحسين: نفذ ظاهرًا وباطنًا؛ لأن السبب موجود، وهو وجود الدين على أبيه، والوارث المقر يعلم أنه لا يستحق شيئًا من التركة إلا بعد قضاء الدين، بخلاف غيره من المواضع التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي إلا ظاهرًا؛ لأن السبب غير موجود هناك»[1].

وفي الحقيقة لقد أحسن القانون المصري حين فتح باب الطعن على الأحكام بشكل طبيعي، وأحيانًا بشكل استثنائي تداركًا للخطأ في الحكم، والذي من صوره مخالفة الحكم الشرعي؛ فإلى جانب طرق الطعن الطبيعية المعتادة فتح القانون باب الطعن على الحكم النهائي عن طريق التماس إعادة النظر لأسباب محددة، منها الاعتماد على دليل مزور.

ومن هذا القبيل وجود دليل لم يكن متوفرًا حال نظر الدعوى؛ حيث إن الحكم برفض الدعوى لعدم وجود دليل هو رفض لها بحالتها وقت الرفض، وهو حكم لا ينغلق به باب النظر في الدعوى متى تم تقديم دليل جديد لم يكن موجودًا وقت نظرها أولًا؛ فيجوز رفعها مرة أخرى.

وكذلك دعوى بطلان الأحكام النهائية للأسباب التي حددها القانون.

وجميع طرق الطعن على الأحكام السابقة تفتح المجال أمام القضاء للاستعانة برأي دار الإفتاء المصرية في حالة كون الحكم الشرعي للواقعة يؤثر في مسارها.

كما أن كثيرًا من محاكم الاستئناف تطلب الفتوى من دار الإفتاء المصرية لتفصل في صحة حكم الدرجة الأولى من عدمه، حينما يكون الحكم معتمدًا على الرأي الشرعي.

(١) المنثور في القواعد (٢/ ٦٨- ٧٠).

مثل ما ورد إلى دار الإفتاء من رئيس محكمة استئناف بالطلب المقيد برقم (٣٨٤ لسنة ٢٠١٣م)، والمتضمن:

الحكم التمهيدي الصادر من المحكمة بضرورة أخذ رأي دار الإفتاء المصرية في واقع الدعوى رقم (١٩٩٣ لسنة ٦٢ قضائية أحوال شخصية) والمرسلة أوراقها مع مندوب المحكمة.

وتتلخص الدعوى في أن مورِّث المستأنِفِين كان قد أقام دعوى بتاريخ ٤/ ١١/ ٢٠١٠م بنفي نسب الصغيرة (حنين) إليه مع ما يترتب على ذلك من آثار؛ بناء على دعواه أنه اضطر للتصادق على عقد الزواج من أمها؛ ليدرأ عن نفسه عقوبة الحبس في الجنحة رقم... إداري قسم الساحل، وأن التصادق كان بتاريخ ١٣/ ١٠/ ٢٠١٠م، ثم طلقها بتاريخ ١٩/ ١٠/ ٢٠١٠م، وأن المستأنَف ضدها أتت بالبنت في ٢٨/ ١٠/ ٢٠١٠م، وأنها قامت بنسبتها إليه رغم أنه لم يكن له بها ثمة علاقة. فحكمت المحكمة الابتدائية برفض دعوى إنكار النسب، وبَنَتْ قضاءها على ثبوت زواج عرفي بين مورِّث المستأنِفين والمستأنَف ضدها بتاريخ ١/ ١/ ٢٠١٠م وقت أن كانت بكرًا، وفقًا لما أقر به الطرفان في وثيقة التصادق على الزواج، وأنه قد فرض لها مهرًا بالوثيقة، وأنها أتت بالصغيرة بعد مضي أكثر من ستة أشهر، وأن الأوراق قد خلت من أي دليل على أن إكراهًا ماديًّا أو معنويًّا كان يتهدد مورِّث المستأنِفين وقت المصادقة على الزواج. وتوفي صاحب الدعوى فأقام ورثته استئنافًا على الحكم الابتدائي بغية إلغائه والقضاء مجددًا بنفي نسب وليدة المستأنَف ضدها الصغيرة «حنين» إليه مع ما يترتب على ذلك من آثار.

وقد أرسلت المحكمة الموقرة صورًا ضوئية من دعوى الاستئناف المذكورة، والحكم التمهيدي الصادر من محكمة الاستئناف، والذي نص على: «ضرورة أخذ رأي دار الإفتاء المصرية في واقع الدعوى، على ضوء ما أقرت به المستأنَف ضدها في المحضر الإداري رقم... قسم الساحل، وأقوالها أمام الخبيرة الاجتماعية بمكتب تسوية المنازعات الأسرية، وإقرار الطرفين بوثيقة التصادق على الزواج بقيام العلاقة الزوجية بالمعاشرة في تاريخ سابق على تحريرها، وإنكار مورِّث المستأنِفين نسب الصغيرة إليه، وأن إقراره وزواجه منها كان وليد إكراه مادي ومعنوي».

وبالعرض على أمانة الفتوى بدار الإفتاء المصرية أفادت بضرورة الاطلاع على المحضر الإداري رقم... إداري قسم الساحل، والذي يُدَّعى أن المستأنَف ضدها قد أقرت فيه بأن التصادق على الزواج جاء وليد الإكراه، وعلى المحضر المثبت فيه أقوالها أمام الخبيرة الاجتماعية بمكتب تسوية المنازعات الأسرية. فكان أن قامت المحكمة بإرسال صور ضوئية من المستندين المذكورين، وبالاطلاع تبين أن المحضر الإداري المحرر بقسم الساحل مؤرخ بتاريخ ١١/ ١٠/ ٢٠١٠م.

وقد جاء جواب دار الإفتاء مؤيدًا للحكم الذي قضت به المحكمة الابتدائية وأيدته محكمة الاستئناف في حكمها التمهيدي. حيث جاء فيه:

«من المقرر فقهًا وقضاءً أن التصادق على عقد الزواج يتضمن الإقرار بحصول زواج سابق بين طرفيه في مدة سابقة، وتدوين هذا الإقرار في وثيقة التصادق على الزواج ما هو إلا صور استثنائية لجأ إليها المشرع للحفاظ على الأعراض والأنساب والحقوق السابقة على تاريخ وثيقة التصادق والناتجة عن ذلك الزواج السابق.

وتحرير وثيقة التصادق على الزواج هو إقرار من المدعي أمام المأذون بقيام الزوجية بينه وبين المدعى عليها في التاريخ الذي دوَّنه وأثبته في الوثيقة، والإقرار أمام المأذون في قوة الإقرار أمام القاضي؛ فإنه مأذون من القاضي بتحرير مثل هذه الإقرارات وتوثيقها، والإقرار إذا تعلق بحق الغير فإنه يلزم المقر ما دام أهلا له ومتصورًا منه؛ فلا يجوز الرجوع فيه؛ لتعلقه بحقوق أخرى مترتبة على ذلك العقد، كحقوق الزوجة والنسب وغير ذلك.

وقد صيغت وثائق التصادق -ومنها الوثيقة المعروضة- بشكل يقطع بأهلية المتعاقدين للإقرار بما فيها ويجزم بانتفاء كل ما من شأنه أن يقدح في أهليتهما، كالجهل والإكراه والجنون وغيرها من عوارض الأهلية؛ فإن العاقدين الموقعين عليها يقران صراحة بصحة ما فيها، وبأهلية كل منهما للإقرار بمضمونها، ويقران بخلوهما من كافة الموانع الشرعية والقانونية التي يمكنها أن تقدح في صحة إقرارهما (والتي منها الإكراه)، ويقران أن إقرارهما بذلك كله لم يحصل إلا بعد تعريف المأذون لهما بتلك الموانع، ويقران بأن المأذون لم يكتف بإقرارهما بخلوهما مما يقدح في صحة تصادقهما حتى تأكد هو من تمام أهليتهما، وتأكد من خلوهما مما يقدح في إقرارهما؛ حيث تنص وثائق التصادق (ومنها الوثيقة المرفقة في الدعوى) على ما يأتي:

«وأبدى الطرفان رغبتهما في توثيق تصادقهما على الزواج، وبعد أن عرفتهما بالموانع الشرعية والقانونية أكدا خلوهما منها... تصادق كل من... على قيام الزوجية من تاريخ... وقد صار هذا التصادق بحضور المتصادقين بعد التأكد من خلوهما من جميع الموانع الشرعية والقانونية، وتعريفهما التعريف الشرعي، وأن الزوجين بلغا السن القانونية وقت العقد».

ولا مخلص ولا مناص بعد ذلك كله من التنصل أو النكول عن الإقرار الوارد بهذه الوثيقة إلا من خلال إهدار حجيتها بالطعن عليها بالتزوير، أو الخطأ المادي المحض.

وأما ما يثار من اعتراف المستأنَف ضدها بحصول علاقة غير شرعية بينها وبين مورّث المستأنِفين: فإن ذلك لا يقدح في صحة التصادق الذي صرحا فيه بحصول الزواج بينهما؛ وذلك لانفكاك الجهة من أكثر من وجه:

- فالجهة منفكة زمانًا؛ لأنها ذكرت في المحضر أنها كانت تعرفه من حوالي سنتين، أي قبل عقد الزواج المتصادق عليه منهما، ولو صح قيام علاقة غير مشروعة قبل الزواج؛ فإن ذلك لا ينفي بحال حصول الزواج بعدها، كما هو ثابت من تصادقهما.

- والجهة منفكة إطلاقًا وتقييدًا، فإن حديثها عن مطلق حصول العلاقة بينهما مقيد بتلك المعاشرة المعينة التي أقرا معًا أنها كانت مناكحة شرعية ولم تكن زنا؛ حيث جاء في وثيقة التصادق بينهما أنهما تصادقا «على قيام الزوجية من تاريخ... بموجب المعاشرة الجنسية بينهما».

وأما كلامها في المحضر حول عدم إيفائه بوعده بالزواج منها؛ فمحمول على أنها قصدت إتمام إجراءات الزواج العلني، من إقامة الفرح وليلة الدخلة والوليمة وخلافها، أو أرادت توثيق الزواج عند المأذون، أو أن زواجهما كان زواجًا فاسدًا غير مكتمل الأركان فأرادت منه استيفاء أركانه، لا مجرد الاكتفاء بحصول عقد الزواج القولي الذي أقرا في وثيقة التصادق الرسمية بحصوله.

ولو ادعى مدعٍ أن كلامها المسوق في محضر قسم الساحل هو إقرار بالزنا؛ فإن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون إقرارًا باطلًا؛ فإنه مكون من شقين: اعتراف بالزنا، واتهام للغير به، وهو غير ملزم لها من الجهتين: أما أولا: فلأن اعترافها بالزنا إقرار على نفسها في حق يتعلق بمعصية الله تعالى، ولم ينشأ عنه حق للغير، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة؛ ولذلك فإنه يجوز لها الرجوع في هذا الإقرار، وقد رجعت عنه بإقرارها في وثيقة التصادق بحصول عقد الزواج؛ حيث أقرا فيها صراحة بأنهما تصادقا «على قيام الزوجية من تاريخ... بموجب المعاشرة الجنسية بينهما»، بخلاف حقوق العباد فمبنية على المشاحة؛ ولذلك لم يجز له الرجوع في التصادق.

وأما ثانيًا: فلأن اتهامها إياه بالزنا فيه تحميل بالإقرار على الخصم، وهذا غير مقبول، مع كون الخصم قد أنكر في المحضر حصول أية علاقة غير شرعية بينهما، ثم أقر في التصادق بحصول الزواج.

ولو كان هذا الزواج المتصادق على حصوله غير مستوف لأركان الزواج الصحيح وشروطه؛ فإن ذلك لا يقدح في ثبوت النسب للصغير؛ فقد تمهَّد في أحكام الفقه أن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح فإنه يثبت كذلك بالنكاح الفاسد ووطء الشبهة، والأصل في المعاشرة أن تحمل على الحل مهما أمكن ذلك ولو بأدنى قرينة، وأما حملها على الزنا فلا يكون إلا بدليل قاطع لا لبس فيه ولا شبهة، ولا يستقيم

ذلك بحال بعد إقرارهما بالزواج؛ للقواعد الشرعية المقررة من «درء الحدود بالشبهات»، و«حمل أفعال المكلفين على الصحة مهما أمكن ذلك»، و«التشوف لإثبات الأنساب».

كما أن ثبوت النسب حق الصغير، وقد تعلق هذا الحق بإقرارهما بالفراش الصحيح عن طريق وثيقة التصادق، فلم يعد من حق أحدهما الرجوع عنه؛ حفاظًا على نسب الصغير.

والأصل أنه إذا ثبت قيام الزوجية الصحيحة أو الفاسدة أو وطء الشبهة -أي وجود الفراش أو شبهة الفراش- قبل حدوث الولادة بمدة لا تقل عن ستة أشهر، ثبت النسب، وهذا القدر متفق عليه، وبشرط ألا تكون الولادة بعد أكثر من عام ميلادي من انتهاء الفراش الصحيح بوفاة أو طلاق أو بعد انتهاء فراش الشبهة بمتاركة، بحسب ما اختاره المشرع المصري من الآراء الفقهية في المسألة لإعطاء الفرصة للحالات النادرة، كل ذلك مع إمكان التلاقي بين الوالد والوالدة، وإمكان تصور حمل الوالدة من الوالد عادة، وعدم نفي الوالد للولد عند علمه به. والشرع الشريف يتشوف إلى إثبات النسب ويتحيل لذلك الطرق المختلفة الممكنة؛ حفاظًا على الأنساب، وحماية لحق الصغار، وصيانة للأعراض. وقد أناط هذا الحكم بالأمر الظاهر المنضبط وهو العلاقة الشرعية والفراش، ومن مقاصده دفع التهمة عن المحصنات مهما أمكن ذلك، واستصحاب الأصل من كون الزوجية سببًا في الولد، ومن مقاصده إهدار الزنا وآثاره، وأنه لا يثمر أبوة ولا بنوة؛ لأن الأبوة علاقة شرعية ترتبط بالفراش وتناط به، صحيحًا كان هذا الفراش أو فاسدًا، والمقصود بالفراش: الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، لا عند حصول الولادة، وقد روى البخاري ومسلم عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: ((**الوَلَدُ للفِراش**))، أي: الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج.

وبناءً على ما سبق: فإنه ليس في واقع الدعوى ولا في الأسباب التي أبديت في عريضة الاستئناف المطعون بها على الحكم الابتدائي ولا المحاضر المرفقة بها المعروضة على دار الإفتاء المصرية ما يصلح أن يكون سندًا للطعن في صحة وثيقة التصادق على الزواج وما تضمنته من الإقرار بحصول نكاح سابق بين المدعي والمدعى عليها، وما يستلزمه ذلك من صحة نسب الصغيرة إلى أبيها؛ وعليه فترى دار الإفتاء المصرية أن إنكار النسب في هذه الدعوى غير مقبول ولا معتد به، والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٥٨- ٣٦٣) المفتي: الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

وهذا مثال فقط على ما يتم من تنسيق وتعاون وتكامل بين الجهات القضائية في الدولة المصرية ودار الإفتاء المصرية، وهذا كله من شأنه المواءمة بين مؤسسات الدولة.

ومثله الفتوى الصادرة على «الطلب المقيد برقم ٣ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة ثانٍ المحلة لشؤون الأسرة، ضمن محضر الجلسة المؤرخ ١/ ١/ ٢٠١٥م، حيث صرحت المحكمة باستخراج فتوى رسمية من دار الإفتاء المصرية عن موضوع الدعوى. وجاء في محضر الجلسة ما نصه: «المحكمة ناقشت المدعى عليه بشأن ما إذا كان قد قام بتطليق المدعية كما قررت بصحيفة دعواها من عدمه؛ فقرر بأنه لم يطلق زوجته المدعية شفاهة، وكذا لم يرسل لها رسالة عن طريق التليفون المحمول تفيد طلاقه لها، وحلف اليمين على ذلك، وأن نيته لم تنصرف لطلاق المدعية».

الجواب:

تفيد دار الإفتاء المصرية بأن ظروف دعوى إثبات الطلاق لها شقان: شق الإثبات، وشق الوقوع، أي: أن النظر في ذلك يحتاج إلى إثبات حصول واقعة الطلاق ابتداءً، وذلك بما تملكه المحكمة من سلطة الاستدعاء والتحقيق واستشهاد الشهود واستجلاب البينات والقرائن ونحوها.

فإن ثبت حصول واقعة الطلاق نظر في وقوع الطلاق من عدم وقوعه، وذلك عن طريق الاستماع للزوج والتحقيق معه في ظروف هذا الطلاق الذي صدر منه، وطريقة نطقه له، ونيته وقصده، ودرجة غضبه؛ لمعرفة مدى إدراكه وإملاكه. ومن المقرر شرعًا في هذا المقام أن الكتابة كناية؛ فإن لم يكن منه لفظ ولا صاحب الكتابة نية فلا يقع الطلاق، وإن صاحبها لفظ نُظِرَ في هذا اللفظ وحقق فيه على النحو السابق بيانه.

وإن لم يثبت حصولها، فالقول قول الزوج؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**)). رواه ابن ماجه.

والأمر على هذا النحو مرده إلى المحكمة بما لها من سلطة الإثبات والاستدلال واستجلاب القرائن والموازنة بين الأدلة لتحدد بداءة وجهة الدعوى، وما تبغي المدعية إثباته، ثم تتأكد بعد ذلك من وقوع ما تدعيه السائلة من عدمه، ثم تتحقق في الطلاق على النحو السابق بيانه إذا ثبت، والأمر موكول لعدالة المحكمة بطريقه.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٧٤- ٢٧٥) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

و أيضًا: فتوى طلاق المكره الصادرة على «الطلب المقيد برقم ٢١٨ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن قرار محكمة الزيتون لشؤون الأسرة بالتصريح باستخراج فتوى شرعية في موضوع الدعوى وفقًا لرواية طرفي التداعي مجتمعين أو منفردين حسب ما يقرر من سيصدر الفتوى؛ وذلك للوقوف على حكم الشرع في تلك المسألة بفتوى موثقة.

وبمطالعة عريضة الدعوى وجد أن المدعي يطلب فيها الحكم ببطلان طلاقه المؤرخ في ١٤/ ٦/ ٢٠١٤م، وتعديل وصف الطلاق بناءً على ذلك، وذلك استنادًا إلى أن أهل الزوجة المدعى عليها قد أجبروه على التوقيع على إشهاد الطلاق دون رضاه، وأنه قد اضطر إلى التوقيع خوفًا على حياته وحفاظًا على مستقبله.

الجواب:

ما عليه دار الإفتاء المصرية هو أن الرجل ما دام قد وثق طلاقه أمام المأذون؛ فإنه لا يجوز له الرجوع في عدد ذلك الطلاق؛ لأن الواقع لا يرتفع، ولأن الطلاق من باب الإنشاء، شأنه شأن العقود، وهو عقد من عقود الفسوخ، وأيضًا لتعلقه بحقوق أخرى ستترتب على ذلك العقد كآثار له لأطراف أخرى، مثل حقوق المطلقة وجواز زواجها وغير ذلك، ولا يجوز تعديل الوثيقة إلا بحدوث خطأ مادي، كأن سبق قلم المأذون فكتب ثلاثة بدلا من واحدة أو اثنتين، أو في حالة التزوير من المأذون، أو نحو ذلك من أنواع الخطأ المادي أو الإكراه المادي.

وإثبات وقوع الإكراه من عدمه هو أمر تختص به المحكمة بما خُوِّلَ لها من سلطة تقديرية في الاستدلال وتقييم للأدلة وموازنة بينها واستشهاد للشهود واستجلاب للبينات واستقراء للقرائن.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فلا يجوز التنصل من الإقرار الثابت بوثيقة الطلاق إلا إذا ثبت للمحكمة -بما خُوِّلَ لها من سلطة تقديرية في الاستدلال وتقييم للأدلة وموازنة بينها واستشهاد للشهود واستجلاب للبينات واستقراء للقرائن- أن المطلق قد أكره على التوقيع على هذه الوثيقة، كما جاء في عريضة الدعوى؛ فلقاضي الموضوع حينئذ أن يصحح وصف الطلاق ويلغي الطلقة الواقعة بالإكراه، خاصة أن الكتابة كناية تحتاج إلى نية المطلق، والأمر موكول لعدالتكم بطريقه.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣١٦- ٣١٧) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

والفتوى الصادرة على «الطلب المقيد برقم ١٨٧ لسنة ٢٠١٥م، والمتضمن تصريح محكمة الهرم لشؤون الأسرة باستخراج فتوى شرعية من دار الإفتاء المصرية بشأن زواج كل من طرفي الدعوى.

وقد ورد في محضر الجلسة أن المدعى عليه صرح بإيقاع الطلاق مرتين على المدعية، إحداهما تم توثيقها، والأخرى لم توثق، وأنه رد المدعية إلى عصمته، وقرر أن الطلقة الثالثة صدرت منه عقب عودته من العمل وفي وقت متأخر من الليل، وأنه لم يقصد سوى الهروب من إصرار المدعية على الطلاق.

الجواب:

تفيد دار الإفتاء المصرية بأن ظروف دعوى إثبات الطلاق لها شقان: شق الإثبات، وشق الوقوع، أي: أن النظر في ذلك يحتاج إلى إثبات حصول واقعة الطلاق ابتداءً، وذلك بما تملكه المحكمة من سلطة الاستدعاء والتحقيق واستشهاد الشهود واستجلاب البينات والقرائن ونحوها.

فإن ثبت حصولها نظر في شأن وقوع الطلاق وحصول الفرقة به، عن طريق معرفة ظروفه وطريقة نطقه ونية المتلفظ به وقصده ودرجة غضبه؛ لمعرفة مدى إدراكه وإملاكه.

ودار الإفتاء لا تمانع في إمداد عدالة المحكمة بالرأي الشرعي فيما تحتاجه، وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى بما يترجح لديها حصوله من ذلك كله؛ لأن المسألة ما دامت قد دخلت طور التداعي والتقاضي فإن تصور دار الإفتاء لعناصر الواقعة فرع عن تصور المحكمة لها؛ إذ إن دار الإفتاء إنما تعتمد تصور المحكمة للوقائع، لا مجرد تصوير الخصوم لها؛ فسماع طلبات الخصوم ودفاعاتهم وما لديهم من أدلة إنما هو شأن المحكمة بما خُوِّلَ لها من سلطة التحقيق والاستدلال وتقييم الأدلة واستشهاد الشهود واستجلاب البينات واستقراء القرائن وندب الخبراء وغير ذلك مما يتناسب مع كون حكمها ملزمًا، ويكون دور دار الإفتاء في بيان الحكم تابعًا لما كونته المحكمة من عقيدة بناءً على استخلاصها للصورة التي يغلب على ظنها حصولها.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ونلاحظ تصريح دار الإفتاء المصرية في هذه الفتوى على جوانب التكامل والتنسيق بين المحكمة ودار الإفتاء المصرية، والدور المنوط بكل منهما بحسب صلاحياتها وطبيعتها، وهو أمر بالغ الأهمية عظيم الأثر في استقرار المجتمع.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٧٦-٢٧٧) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

وهذا متكرر في العديد من الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية.

ومن أمثلة التنسيق والتعاون بين المؤسسات الدينية بالدولة فتوى دار الإفتاء المصرية التي جاءت جوابًا للسؤال المحال من الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، حيث جاء فيها:

«فضيلة الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وبعد:

فإشارة إلى خطابكم الوارد إلينا برقم ٢٢٨٠ وتاريخ ٢١/ ١٠/ ٢٠١٣م، بخصوص الموضوع الوارد طلبه إلى فضيلتكم، والذي أوصت اللجنة الفقهية بالمجمع بإحالته إلى دار الإفتاء المصرية للاختصاص، وذلك في جلستها الثانية في دورتها الخمسين يوم الخميس ٥/ ١٢/ ١٤٣٤هـ، الموافق: ١٠/ ١٠/ ٢٠١٣م، وهو الطلب الوارد بشأن الدعوى المقامة بفسخ عقد زواج؛ لما أصابه من غش وتدليس، حيث إنه تزوج فتاة على أنها بكر، ثم تبين بعد الزواج أنها ليست بكرًا، وأنها قامت بعملية لتركيب وترقيع غشاء البكارة، وقد بنى دعواه على أنه قد تبين بالكشف الطبي عليها أنها سبق أن قامت بعملية ربط للرحم، وأن هذه العملية لا يمكن إجراؤها إلا بفض غشاء البكارة.

نرفق لكم طيه صورة من الفتوى رقم ٣٨١ لسنة ٢٠١٣م الصادرة عن أمانة الفتوى بدار الإفتاء المصرية بشأن هذا الموضوع.

شاكرين لكم، ولكم تحياتي.

اطلعنا على الخطاب الوارد من مجمع البحوث الإسلامية بتاريخ ٢١/ ١٠/ ٢٠١٣م المقيد برقم ٣٨١ لسنة ٢٠١٣م، والمتضمن الموضوع المحال من الإدارة العامة لشؤون مجلس المجمع ولجانه إلى دار الإفتاء المصرية للاختصاص؛ بناءً على توصية لجنة البحوث الفقهية، وهو الطلب الوارد بشأن الدعوى المقامة بفسخ عقد زواج؛ لما أصابه من غش وتدليس؛ حيث إنه تزوج فتاة على أنها بكر، ثم تبين بعد الزواج أنها ليست بكرًا، وأنها قامت بعملية لتركيب وترقيع غشاء البكارة، وقد بنى دعواه على أنه قد تبين بالكشف الطبي عليها أنها سبق أن قامت بعملية ربط للرحم، وأن هذه العملية لا يمكن إجراؤها إلا بفض غشاء البكارة.

الجواب:

من المقرر واقعًا أن فقد غشاء البكارة لا يعد دليلا على حصول الوطء؛ لأن بعض الإناث قد يولدن دون غشاء خلقةً، وقد يزول الغشاء بسبب آخر غير الوطء؛ كوثبة أو سقطة عنيفة على الموضع -كما يكون في بعض الرياضات- أو إدخال إصبع أو جسم صلب إلى ذلك المحل، أو خطأ طبيب، أو توجيه تيار مائي شديد إلى تلك المنطقة، وقد يزول أيضًا بحيضة شديدة، وبعض النساء يحتجن لجراحة تستوجب فتح الغشاء في حالة أن يكون منسدًّا مقفلا، بحيث يمنع دم الحيض من الخروج، وبذلك وردت الآثار عن السلف الصالح من الصحابة والتابعين، ورواها جماعة من أصحاب الحديث؛ الإمام سعيد بن منصور في السنن، وبوب عليها بقوله: «باب الرجل يجد امرأته غير عذراء»، وعبد الرزاق في المصنف، وبوب عليها بقوله: «باب قوله: لم أجدك عذراء»، وأبي بكر بن أبي شيبة في المصنف، وبوب عليها بقوله: «في الرجل يقول لامرأته: لم أجدك عذراء»:

فروى سعيد بن منصور في سننه -واللفظ له- وابن أبي شيبة في المصنف أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء، كانت الحيضة أحرقت عذرتها، فأرسلت إليه أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «أن الحيضة تذهب العذرة يقينًا»، ولفظ ابن أبي شيبة: «إن العذرة تذهب من الوثبة والحيضة والوضوء».

وروى عبد الرزاق -واللفظ له- وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن عطاء رحمه الله فيمن قال لامرأته: لم أجدك عذراء، ولا أقول ذلك من زنا: «لا يجلد؛ لم يجلد عمر، زعموا أن العذرة تذهبها الوضوء وأشباهه».

ورويا في مصنفيهما عن الحسن البصري أنه سئل في الرجل يقول لامرأته: لم أجدك عذراء، فقال: «لا شيء عليه؛ العذرة تذهبها الحيضة والوثبة».

ورويا في مصنفيهما، وكذا سعيد بن منصور في سننه عن إبراهيم النخعي أنه سئل في رجل دخل بامرأته فقال: لم أجدها عذراء، فقال: «ليس عليه شيء؛ العذرة تذهبها الوثبة والحِمل الثقيل».

وروى الثلاثة مثل ذلك عن سالم بن عبد الله بن عمر، والشعبي رحمهما الله تعالى.

وروى مثله ابن أبي شيبة في المصنف عن سليمان بن يسار رحمه الله تعالى.

وروى مثله عبد الرزاق في المصنف، وسعيد بن منصور في السنن عن طاوس رحمه الله تعالى.

وروى مثله سعيد بن منصور في السنن عن الشيباني رحمه الله تعالى.

كما أن من المقرر في الفقه الإسلامي أن البكارة أمر اعتباري لا حسي؛ فهو لا يرتبط ارتباطًا عضويًّا بوجود غشاء العذرة؛ إذ قد يزول غشاء العذرة وتظل البنت بكرًا حقيقة وحكمًا، كما إذا زال بغير الوطء؛ بوثبة أو إصبع أو حدة حيض، ونحو ذلك، وبذلك جاءت نصوص المذاهب الفقهية قاطبة، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قال في مجمع الأنهر من كتب السادة الحنفية: «(ومن زالت بكارتها) أي عذرتها، وهي الجلدة التي على المحل، وفي الظهيرية: البكر اسم لامرأة لا تجامع بنكاح ولا غيره (بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) من عنست الجارية إذا جاوزت وقت التزوج فلم تتزوج (فهي بكر) حقيقة، أي: حكمهن حكم الأبكار؛ ولذا تدخل في الوصية لأبكار بني فلان؛ لأن مصيبها أول مصيب لها. منه الباكورة والبُكرة لأول الثمار ولأول النهار، ولا تكون عذراء»[1]. اهـ

وقال الإمام البابرتي الحنفي في شرح الهداية: «(وإذا زالت البكارة بوثبة) وهو الوثوب من فوق (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار) في كون إذنها سكوتها (لأنها بكر)؛ إذ البكر هي التي يكون مصيبها أول مصيب»[2]. اهـ

وقال العلامة الدسوقي المالكي في حاشيته على الشرح الكبير: «البكر عند الفقهاء: هي التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح، وأما العذراء: فهي التي لم تزل بكارتها بمزيل؛ فلو أزيلت بكارتها بزنا أو بوثبة أو بنكاح لا يقران عليه فهي بكر؛ فهي أعم من العذراء»[3]. اهـ

وقال العلامة البجيرمي الشافعي في حاشيته على شرح الخطيب: «وفي معنى البكر من زالت بكارتها بنحو حيض، وفي معنى الثيب من لم تزل بكارتها مع وجود دخول الزوج بها، كالغوراء»[4]. اهـ

وجاء في الإقناع للعلامة الحجاوي الحنبلي وشرحه كشاف القناع للعلامة البهوتي الحنبلي: «(وزوال البكارة بأصبع أو وثبة أو شدة حيضة ونحوه) كسقوط من شاهق (لا يغير صفة الإذن) فلها حكم البكر في الإذن؛ لأنها لم تخبر المقصود، ولا وجد وطؤها في القبل؛ فأشبهت من لم تزل عذرتها»[5]. اهـ

(١) ١/ ٣٣٤، ط. دار إحياء التراث العربي.

(٢) ٣/ ٢٧٠، ط. دار الفكر.

(٣) ٢/ ٢٨١، ط. دار الفكر.

(٤) ٣/ ٣٦١، ط. دار الفكر.

(٥) ٥/ ٤٧، ط. دار الكتب العلمية.

وعلى هذا فإن ترميم بكارة المرأة التي طرأ لها التهتك بسبب مما ذكر لا يسبل على المرأة وصفًا هي خالية منه، بل هو مؤكد لوصف قائم بها، وهو البكورة، ودارئ عنها الخوض في عرضها بالظنون الفاسدة والأقاويل الباطلة، وإن كان عدم الإخبار بمثل عملية ربط الرحم منافيًا للوضوح والبيان ومكارم الأخلاق التي تنبغي عند النكاح، إلا أن إزالة غشاء العذرة لعمل مثل هذه العملية لا يستوجب الفسخ شرعًا.

بل إن من المقرر المعمول به في الفقه والقضاء أن الرجل إذا تزوج امرأة بشرط أنها بكر، فوجدها ثيّبًا صح النكاح ولزمه كل المهر للدخول، كما نص على ذلك في الفتاوى المهدية[1].

وقد قضت المحكمة الجزئية الشرعية في حكمها رقم ١٣٦٩ لسنة ٣٣/ ١٩٣٤م بتاريخ ٢٥/ ٢/ ١٩٣٣م أن الدعوى بطلب فسخ العقد لانعدام شرط البكارة غير مقبولة، وجاء في نص الحكم: «ومن حيث إن المدعي معترف بالدخول فالنكاح صحيح، ولا يمنع من صحته عدم البكارة كما يزعم؛ لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح، كما نص على ذلك في الأشباه في باب النكاح، ولأن عدم البكارة لا اعتبار له في صحة النكاح لتعلقه بالمحل، والمحل في حكم الشروط، والشروط تبع، وقد اتفق الخصمان على الأصل، والاتفاق على الأصل اتفاق على التبع، فالمنكِر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه، فإذا دخل بها كان الدخول رضاءً بذلك النكاح». اهـ.

على أن إثبات البكارة والثيوبة بوثيقة الزواج لا يعد اشتراطًا للبكارة أو الثيوبة؛ فإن لائحة المأذونين لم تبح للمأذون تدوين أي شروط للزوجين أو أحدهما مقترنة بعقد الزواج فيما عدا المهر والكفالة؛ لأن وثيقة الزواج قد أعدت أصلا لإثبات العقد فقط؛ حماية لعقود الزواج من الجحود، ولم تعد لإثبات هذه الصفة.

ومن هنا جرى حكم محكمة النقض على أن إثبات أن الزوجة بكر على خلاف الحقيقة بوثيقة الزواج لا يعد تزويرًا، وذلك في طعن رقم ٢١٩٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ٩/ ٤/ ١٩٦٣م، وجاء في نص ذلك الحكم: «من المقرر أن التزوير في المحررات لا تكتمل أركانه إلا إذا كان تغيير الحقيقة قد وقع في بيانٍ مما أعد المحرر لإثباته، وأن مناط العقاب على التزوير في وثيقة الزواج هو أن يقع تغيير الحقيقة في إثبات خلو أحد الزوجين من الموانع الشرعية مع العلم بذلك.

ولما كان القول بأن الزوجة بكر لم يسبق لها الزواج -كما جاء بوثيقة الزواج- يستوي في النتيجة مع القول بأنها مطلقة طلاقًا يحل به العقد الجديد، ما دام الأمران يلتقيان مع الواقع في الدلالة على خلو الزوجة من الموانع الشرعية عند العقد، وكان الثابت أن عقد الزواج قد انعقد في وقت كان قد

(١) (١/ ٢٨).

صدر فيه حكم بطلاق الزوجة وأصبح نهائيًا بعدم الطعن عليه؛ مما يجعل البيان مطابقًا للواقع في نتيجته، ويجعل بالتالي انعقاد العقد صحيحًا، ولا يغير من الأمر أن يكون الطاعن قد لجأ بعد ذلك إلى المعارضة في حكم الطلاق؛ لأن العبرة إنما تكون بوقت توثيق العقد». اهـ.

وكذلك في طعن رقم ٢٠٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ٩/ ٣/ ١٩٦٤م، حيث جاء في نص الحكم: «لما كان ما أسنده المتهم إلى الطاعنين -من أنهم أثبتوا في عقد زواجه بالطاعنة الأولى على غير الحقيقة أنها بكر- لا ينطوي على جريمة تزوير؛ إذ لم يعد عقد الزواج لإثبات هذه الصفة. كما أنه من المقرر شرعًا أن اشتراط بكارة الزوجة لا يؤثر في صحة عقد الزواج، بل يبقى العقد صحيحًا ويبطل هذا الشرط؛ ومن ثم فإن الحكم المطعون عليه -إذ انتهى إلى أن ما أسنده المتهم إلى الطاعنين لا يستوجب معاقبتهم جنائيًّا أو تأديبيًّا- لا يكون معيبًا في هذا الخصوص». اهـ.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإن إثبات أن الزوجة بكر لم يسبق لها الزواج بوثيقة عقد الزواج لا يتعارض مع عملية ربط الرحم، حتى ولو اقتضى ذلك إزالة غشاء العذرة ثم ترقيعه؛ لما قرره الفقهاء من أن البكارة إنما تزول بوطء معين، وليست كل من زال غشاء عذرتها تكون ثيّبًا، ويكون الزواج بذلك صحيحًا غير مستحق للفسخ من هذه الجهة. وإذا طلق الزوج هذه الزوجة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة غيابيًّا؛ فإنه يلزمه كل حقوق الزوجة المطلقة المدخول بها من غير نقصان، مهرًا بمقدمه ومؤخره، ومتعة، ونفقة، وغير ذلك. أما إذا كان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنها تستحق نصف مهرها بمقدمه ومؤخره.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

ونرى في هذه الفتوى الاستشهاد بحكم للمحكمة الشرعية ومحكمة النقض، وكل هذا من دلائل التواؤم والتكامل بين مؤسسات الدولة الذي يجب أن تكون عليه المؤسسات الإفتائية، بالإضافة إلى التقيد بالتقنينات والأحكام القضائية المعمول بها.

ومثلها: فتوى اشتراط إذن الحاضنة لاستضافة المحضون، وفيها: «اطلعنا على الفاكس الوارد بتاريخ ١/ ٤/ ٢٠١٤م المقيد برقم ٧٧ لسنة ٢٠١٤م، والمتضمن:

أرجو التكرم بإصدار ملحق للفتوى الخاصة بالحق في استضافة المحضون، يتطابق مع ما سبق صدوره من مجمع البحوث الإسلامية وحكم محكمة النقض في نفس الموضوع: أنه يشترط لاستضافة المحضون إذن الحاضنة.

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ١٩٣- ١٩٨) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

الجواب:

الحضانة وتنظيمها إنما هي وسيلة لحماية المحضون ورعايته، والقيام بحقوقه والعناية بشؤونه، حتى إن الحاضنة إذا أرادت إسقاط الحضانة لا تسقط، وكل هذا حتى لا يضيع المحضون، الذي هو الغاية والمقصد من تنظيم شؤون الحضانة، فليست الحضانة ساحة لكيد المطلق ضد مطلقته، أو لمكر المطلقة بمطلقها على حساب مصلحة المحضون، بل هي ولاية للتربية، غرضها الاهتمام بالصغير وضمان مصلحته والقيام على شؤونه، وقد أناطها الشرع الشريف بالأمن على المحضون في شخصه ودينه وخلقه، ومن جهة أخرى فهي مجال لتعويد النفس على العطاء والبذل وإنكار الذات.

والقانون المنظم للحضانة والمستقى من الشريعة الغراء مقصده تحقيق هذا الغرض، ويدندن حول هذا الهدف؛ فعندما لا تسعف حرفية القوانين في تحقيق هذا المطلوب تبقى روح القانون مطية للقاضي المتمكن المتشبع بأغراض الشارع ومقاصده للوصول إلى ذلك المطلوب.

يقول المستشار أحمد نصر الجندي في «الأحوال الشخصية في الإسلام»: «والذي عليه العمل أن في الحضانة حقوقًا ثلاثة: حق المحضون، وحق الحاضنة، وحق الأب، فإذا أمكن التوفيق بينها ثبتت كلُّها، وإن تعارضت قُدِّمَ حق الصغير، بدون التفات إلى حق الأب أو الحاضنة؛ لأن حق الصغير في الرعاية أقوى من حقيهما؛ فيقدم دائمًا، ولذلك ينصح الفقهاءُ القاضيَ أن يتدبر الأمر ويقدر الوقائع، وأن يكون بصيرًا بطبائع الخصوم، ذا خبرة بالحوادث وحكمة في تطبيقها؛ حتى لا يضيع الولد بين الأب والحاضنة»[1]. اهـ.

وبناءً على ذلك وفي واقعة السؤال: فإنه يجوز للقاضي أن يسمح للأب باستضافة ولده في الأيام المناسبة لذلك، كيومٍ في الأسبوع، ومدة مناسبة في إجازتي نصف العام الدراسي ونهايته، وأعياد السنة المختلفة؛ حسب ما يراه محققًا للمصلحة والعدل في ذلك كله، مع المحافظة على حق الحاضنة في شعورها بالأمن على محضونها، وإعطائها الضمانات الكافية، التي تكفل لها عدم انتزاعه منها من جهة، وحق الأب في التربية والملاحظة من جهة أخرى؛ فعند القاضي من الصلاحية المخوَّلة له ما يجعله يقضي بذلك، وهو مرتاح الضمير مطمئن البال، ما دام الهدف من ذلك هو تحقيق المنشود من شريعة الحضانة المحكمة، ورعاية المحضون على الوجه الأكمل.

ولا تعارض بين هذه الفتوى ورأي مجمع البحوث الإسلامية الذي ينص في قراره على أنه: «يجوز للطرف غير الحاضن استضافة الصغير بمسكنه في العطلات إذا أذن الحاضن بذلك». اهـ؛ فإن رأي المجمع محله التراضي، أما فتوى دار الإفتاء فمحلها التقاضي، وقد نصت على اشتراط الضمانات الكافية

(١) ص٦٨- ٦٩، ط. دار المعارف.

للحاضنة بما يكفل حقها في الحضانة وعدم انتزاع المحضون منها، وهذا يعطيها الحق في استئذانها في الاستضافة عند التراضي، كما هو رأي المجمع، أما عند التقاضي فهذا شأن القضاء وأحكامه.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[١].

والفتوى الصادرة بناءً على «الخطاب الوارد من الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية بتاريخ ٢١/٢/ ٢٠١٣م، والمقيد بالفتوى رقم ١٦٥ لسنة ٢٠١٣م، بشأن الطلب الوارد إلى فضيلته من لجنة الفتوى بالأزهر، والمتعلق بمعرفة الحكم الشرعي في انتساب أسرة على أخرى، فتكرم بإحالته إلى دار الإفتاء المصرية للاختصاص، بناءً على توصية لجنة البحوث الفقهية بمجمع البحوث الإسلامية في جلستها الثامنة في دورتها التاسعة والأربعين التي عقدت يوم الأربعاء ٣ من ربيع الآخر ١٤٣٤هـ، الموافق ١٣ من فبراير ٢٠١٣م.

ونص السؤال المحال ما يلي:

يوجد عائلتان تريد إحداهما أن تندمج وتنضم للأخرى، على أن تصير جزءًا لا يتجزأ منها، وتنتسب إليها نسبًا مكتوبًا، ووثقوا ذلك في وثيقة تحت اسم «وثيقة انضمام»؛ فهل يجوز ذلك شرعًا أم لا؟

الجواب:

اعتنت الشريعة الإسلامية بمسألة النسب، وجعلت حفظه من أهم المقاصد الشرعية، ووضعت القواعد والحدود لحفظه وصيانته عن العبث والباطل؛ فشرعت قواعد الأنكحة، وحرمت الزنا والقذف والخوض في أعراض المسلمين، إلى غير ذلك من القواعد والأحكام.

ولم يترك الله تعالى لخلقه مجالًا لاختيار أنسابهم، بل قصر ثبوت النسب على طرق محددة، كالزواج الصحيح، والإقرار، والبينة، ونكاح الشبهة، وكل نكاح تم فسخه بعد الدخول لفساده.

ومن هنا جاء الشرع الشريف ونهى عن التبني، الذي يَنسُبُ فيه الرجل ولد غيره إلى نفسه، وكان المتبع في الجاهلية أن التبني يثبت للولد الدعيّ على المتبني جميع الحقوق التي تثبت للابن الصلبي الحقيقي على أبيه. قال النسفي في تفسيره: «وقيل: كان الرجل في الجاهلية إذا أعجبه ولد الرجل ضمه إلى نفسه، وجعل له مثل نصيب الذكر من أولاده من ميراثه، وكان ينسب إليه، فيقال: فلان بن فلان»[٢]. اهـ

(١) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٢٤٤- ٢٤٦) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٢) ٣/ ١٧، ط. دار الكلم الطيب.

فجاء الإسلام وقضى على هذا النظام وأبطله، فأمر بأن لا ينسب أحد لغير أبيه، وأن لا ينسب الولد الدعيُّ إلى من يتبناه؛ فيقول الله تعالى: {وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْۖ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي ٱلسَّبِيلَ ٤ ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ} [الأحزاب: ٤، ٥]. قال العلامة الطاهر بن عاشور في «التحرير والتنوير»: «وهذا الأمر إيجاب أبطل به ادعاء المتبني متبناه ابنًا له، والمراد بالدعاء النسب، والمراد من دعوتهم بآبائهم ترتب آثار ذلك، وهي أنهم أبناء آبائهم، لا أبناء من تبناهم»[١]. اهـ

ومعلوم أن الصحابي الجليل زيد بن حارثة كان يسمى بـ«زيد بن محمد» لما تبناه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فلما نزل التحريم عاد اسمه كما كان «زيد بن حارثة».

وروى البخاري عن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: **((إن من أعظم الفِرَى أن يدَّعي الرجل إلى غير أبيه))**.

وروى مسلم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: **((من ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفًا ولا عدلا))**. قال الإمام النووي في «شرح مسلم» عند التعليق على هذا الحديث: «هذا صريح في غلظ تحريم انتماء الإنسان إلى غير أبيه، أو انتماء العتيق إلى ولاء غير مواليه؛ لما فيه من كفر النعمة، وتضييع حقوق الإرث والولاء والعقل وغير ذلك، مع ما فيه من قطيعة الرحم والعقوق»[٢]. اهـ

وهناك عدد من المسائل المهمة ذات العلاقة الوثيقة بقضية النسب، حيث تترتب عليه جوازًا ومنعًا:

منها: النكاح؛ فالنسب من أسباب تحريم النساء؛ لقوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ} [النساء: ٢٣]؛ فالمحرمات من النسب سبع؛ أولها: الأم وإن علت، وضابط الأم: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بواسطة أو بغيرها. والثاني: البنت وإن سفلت، وضابطها: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة بواسطة أو بغيرها. والثالث: الأخت، وضابطها: كل من ولدها أبواك أو أحدهما فأختك. والرابع: العمة، وضابطها: كل أخت ذكر ولدك بلا واسطة فعمتك حقيقة، أو بواسطة، كعمة أبيك فعمتك مجازًا، وقد تكون العمة من جهة الأم، كأخت أبي الأم. والخامس: الخالة، وضابطها: كل أخت أنثى ولدتك فخالتك حقيقة، أو بواسطة، كخالة أمك فخالتك مجازًا، وقد تكون الخالة من جهة الأب، كأخت أم الأب. والسادس والسابع: بنت الأخ وبنت

(١) ٢١/ ٢٦١، ط. الدار التونسية للنشر.

(٢) ٩/ ١٤٤، ط. دار إحياء التراث العربي.

الأخت من جميع الجهات، وبنات أولادها وإن سفلن[١]. فمعرفة من يحل نكاحه ومن يحرم موقوف على ثبوت النسب أو انتفائه.

ومنها: الميراث، وقد كان الميراث في أول التشريع بالإخاء الذي تم بالمدينة، ثم نهى الشرع عن ذلك، وجعل الميراث بين الأقارب، فقال تعالى: {وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ} [الأنفال: ٧٥]، «قال ابن عباس: ((آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين أصحابه، وكانوا يتوارثون بذلك الإخاء حتى نزلت هذه الآية، فتوارثوا بالنسب))»[٢].

ومنها: صلة الرحم، وقد جاء في العديد من النصوص الشرعية الأمر بصلة الأرحام، والتوعد على قطيعتها، منها قوله تعالى: {فَهَلۡ عَسَيۡتُمۡ إِن تَوَلَّيۡتُمۡ أَن تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ} [محمد: ٢٢].

وروى مسلم عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: **((الرحم معلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعه الله))**، فيجب على الإنسان أن يصل هذه الأرحام التي قررها الشرع، لا ما يخترعه هو.

قال القاضي عياض في «إكمال المعلم بفوائد مسلم»: «ولا خلاف أن صلة الرحم واجبة في الجملة وقطعها كبيرة، والأحاديث في هذا الباب من منعه الجنة تشهد لهذا... واختلف في حد الرحم التي يجب صلتها، فقال بعض أهل العلم: هي كل رحم محرميَّة مما لو كان أحدهما ذكرًا حرم عليه نكاح الآخر؛ فعلى هذا لا يجب في بني الأعمام وبني الأخوال وبني العمات. واستدل على قوله بتحريم الجمع بين الأختين والمرأة وعمتها وخالتها مخافة التقاطع، وجواز ذلك في بني العم والخال. وقيل: بل هذا في كل رحم ممن ينطلق عليه ذلك في ذوي الأرحام في المواريث، محرميًّا كان أو غيره. وقد جاء في أثر: «إن الله يسأل عن الرحم ولو بأربعين»، ويدل على هذا قوله عليه الصلاة والسلام: ((ومولاك ثم أدناك فأدناك))»[٣]. اهـ.

ومنها: في الملك، فمن المقرر فقهًا أن الملك لا يجري بين الأصل والفرع، فلا يملك الإنسان أباه وإن علا، ولا ابنه وإن نزل، أما أصله فلقوله تعالى: {وَٱخۡفِضۡ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحۡمَةِ} [الإسراء: ٢٤]، ولا يتأتى خفض الجناح مع الاسترقاق، وأما فرعه فلقوله تعالى: {وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ٩٢ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا} [مريم: ٩٢، ٩٣]، وهو دال على نفي اجتماع

(١) انظر: الإقناع للخطيب الشربيني ٣/ ٤١٧-٤١٨، مع حاشية البجيرمي، ط. دار الفكر.

(٢) زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢/ ٢٢٩، ط. دار الكتاب العربي.

(٣) ٨/ ٢٠، ٢١، ط. دار الوفاء.

الولدية والعبدية.

وقد توسع بعض أهل العلم في ذلك فجعل أن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه؛ استدلالًا بما رواه الأربعة وأحمد في مسنده عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **((من ملك ذا رحم محرم فهو حر)).**

قال العلامة المناوي في «التيسير شرح الجامع الصغير»: «**((من ملك ذا رحم محرم))** أي: من لا يحل نكاحه من الأقارب، **((فهو حر))** يعني: يعتق عليه بدخوله في ملكه. وبعمومه أخذ الحنفية، وقال الشافعي: لا يعتق إلا الأصل والفرع»(١). اهـ.

ومما تقدم يظهر أن هناك أحكامًا كثيرة مترتبة على معرفة ذوي الأرحام، بل ذلك يتسع ليشمل دائرة النسب كلها، ولذا فإن معرفة الإنسان لنسبه الشرعي واجب؛ لكونه وسيلة إلى واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وقد روى أحمد والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: **((تَعَلَّمُوا مِنْ أَنْسَابِكُمْ مَا تَصِلُونَ بِهِ أَرْحَامَكُمْ؛ فَإِنَّ صِلَةَ الرَّحِمِ مَحَبَّةٌ فِي الأَهْلِ، مَثْرَاةٌ فِي المالِ، مَنْسَأَةٌ فِي الأَثَرِ)).**

وروى أبو داود الطيالسي في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أتاه رجل فقال: من أنت؟ قال: فمتَّ له برحم بعيدة، فألانَ له القول، فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: **((اعْرِفُوا أَنْسَابَكُمْ تَصِلُوا أَرْحَامَكُمْ؛ فَإِنَّهُ لَا قُرْبَ بِالرَّحِمِ إِذَا قُطِعَتْ وَإِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً، وَلَا بُعْدَ بِهَا إِذَا وُصِلَتْ وَإِنْ كَانَتْ بَعِيدَةً)).**

وفي ذلك المعنى يقول الإمام ابن حزم في «جمهرة أنساب العرب»: «ومن الفرض في علم النسب أن يعرف أباه وأمه، وكل من يلقاه بنسب في رحم محرمة؛ لتجنب ما يحرم عليه من النكاح فيهم، وأن يعرف كل من يتصل به برحم توجب ميراثًا، أو تلزمه صلة أو نفقة أو معاقدة أو حكم ما، فمن جهل هذا فقط أضاع فرضًا واجبًا عليه لازمًا له من دينه»(٢). اهـ بتصرف.

ولذلك فإن العبث بالأنساب بإدخال ما ليس منها فيها بنسبة الإنسان إلى غير أبيه، بحيث يشترك معه في كامل اسمه هو فساد عظيم؛ لما فيه من اختلاط الأنساب واضطراب القرابات والروابط العائلية الأصلية، وإخلال في المواريث ونحوها، وانتشار العداوة والبغضاء بين الأبناء والأقارب الحقيقيين

(١) ٢/ ٤٤٥، ط. مكتبة الإمام الشافعي بالرياض.

(٢) ١/ ٢، ٣، ط. دار الكتب العلمية.

وبين الشخص المتبنى؛ لأجل مزاحمته لهم في النفقات والميراث ونحو ذلك. بالإضافة إلى ما في ذلك من الكذب المحرم، وما يؤدي إليه من اضطراب في صلة الأرحام.

ولكن هناك معنى آخر للانتساب للغير ليس ممنوعًا، ولا يترتب عليه شيء من المفاسد المذكورة، وهو أن ينتسب إنسان لعائلة معينة بما يظهر مطلق الانتماء إلى هذه العائلة، دون التدليس بأنه ولد لأحد أفرادها من صلبه؛ بأن تكون النسبة إلى العائلة في آخر اسمه، ويكون هذا من نحو علقة الولاء التي كانت بين القبائل العربية قديمًا، وهذا لا يدخل في نطاق التبني المحرم شرعًا؛ لأن التبني هو إضافة ولد غيره إليه وإقامته مقام ولده في الميراث والنسب والخلوة بنساء الأسرة على أنهن محارمه وغير ذلك مما كان شائعًا في الجاهلية وصدر الإسلام، ثم حرمه الإسلام حرصًا على عدم اختلاط الأنساب كما تقدم.

قال العلامة الألوسي في «روح المعاني» عند تفسير قوله تعالى: {ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡ} [الأحزاب: ٥]: «وظاهر الآية حرمة تعمد دعوة الإنسان لغير أبيه، ولعل ذلك فيما إذا كانت الدعوة على الوجه الذي كان في الجاهلية، وأما إذا لم تكن كذلك كما يقول الكبير للصغير على سبيل التحنن والشفقة: (يا ابني) وكثيرًا ما يقع ذلك، فالظاهر عدم الحرمة. وفي حواشي الخفاجي على تفسير البيضاوي: النبوة وإن صح فيها التأويل كالأخوَّة، لكن نُهِيَ عنها بالتشبيه بالكفرة، والنهي للتنزيه. انتهى. ولعله لم يرد بهذا النهي ما تدل عليه الآية المذكورة؛ فإن ما تدل عليه نهي التحريم عن الدعوة على الوجه الذي كان في الجاهلية»[١]. اهـ.

وروى الشيخان عن أنس رضي الله عنه قال: دعا النبي صلى الله عليه وآله وسلم الأنصار فقال: **((هل فيكم أحد من غيركم؟** قالوا: لا، إلا ابن أخت لنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: **ابن أخت القوم منهم))**؛ ففي هذ الحديث بيَّن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن الابن ينتسب إلى قبيلة أمه، وليس هو منها على الحقيقة.

قال المناوي في «فيض القدير»: «قوله: ((ابن أخت القوم منهم)) لأنه ينسب إلى بعضهم، وهي أمه، فهو متصل بأقربائه في كل ما يجب أن يتصل به، كنصرة، ومشورة، ومودة، وإفشاء سر، ومعونة، وبر، وشفقة، وإكرام، ونحو ذلك»[٢]. اهـ.

(١) ٢١/ ١٤٩، ط. المنيرية.

(٢) ١/ ٨٧، ٨٨، ط. دار المعرفة.

وفي صحيح البخاري: أن حاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إني كنت امرأً من قريش، ولم أكن من أنفُسِهم»، وفي هذا الحديث ذكر حاطب رضي الله عنه أنه ينتسب إلى قبيلة قريش بالمحالفة، لا بالحقيقة.

قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري»: «قوله: (كنت امرأ من قريش) أي: بالحلف؛ لقوله بعد ذلك: (ولم أكن من أنفسهم). قوله: (كنت امرأً من قريش، ولم أكن من أنفُسِهم) ليس هذا تناقضًا، بل أراد أنه منهم؛ بمعنى أنه حليفهم، وقد ثبت حديث: **((حليف القوم منهم))**»[١]. اهـ

وقد جرى عمل السلف وأهل الحديث من غير نكير على إيقاع النسبة لأقل عارض وأدنى ملابسة، ولو كان ذلك حرامًا أو مستلزمًا للتبني المحظور لبادروا إلى إنكاره.

قال الحافظ العراقي في ألفيته:

ونسبوا لعارضٍ كالبدري　　　نزل بدرًا عقبةَ بنَ عمرو

قال الحافظ السخاوي في «فتح المغيث بشرح ألفية الحديث» شارحًا كلام العراقي: «(ونسبوا) أي: المحدثون بعضَ الرواة إلى مكان كانت به وقعة، أو إلى بلد أو قبيلة أو صنعة أو صفة أو ولاء أو غير ذلك مما ليس ظاهره الذي يسبق إلى الفهم منه مرادًا، بل النسبة لذلك (لعارض) عرض، وأمثلة ذلك كثيرة»[٢]. اهـ

ويقول الحافظ السيوطي في «تدريب الراوي»: «قد ينسب الراوي إلى نسبة من مكان أو وقعة به أو قبيلة أو صنعة، وليس الظاهر الذي يسبق إلى الفهم من تلك النسبة مرادًا، بل لعارض عرض من نزوله ذلك المكان أو تلك القبيلة ونحو ذلك»[٣]. اهـ

والنسبة إذا خرجت عن كونها لأصل الشخص فإنها قد تكون للعتق وهي الأغلب، مثل: أبي البختري الطائي التابعي، واسمه سعيد بن فيروز، هو مولى طيئ؛ لأن سيده كان من طيئ فأعتقه.

وقد تكون لولاء الحلف، الذي أصله المعاقدة والمعاهدة على التعاضد والتساعد والاتفاق، مثل: الإمام مالك بن أنس الأصبحي التيمي، فهو أصبحي صليبة، تيمي بولاء الحلف؛ وذلك لأن قومه «أصبح» موالٍ لتيم قريش بالحلف. وقد أبطل الإسلام من حلف الولاء ما كان في الجاهلية على الفتن والقتال بين القبائل أو الغارات دون نصر المظلوم وصلة الأرحام.

(١) ٨/ ٦٣٤، ط. دار المعرفة.

(٢) ٣/ ٢٩٧، ط. دار الكتب العلمية.

(٣) ٢/ ٣٤٠، مكتبة الرياض الحديثة.

وقد تكون النسبة لولاء المصاحبة بإجازة أو تعلم، مثل: مقسم قيل له: مولى ابن عباس لملازمته له.

وقد تكون للاسترضاع، كعبد الله بن السعدي الصحابي، قيل لأبيه: السعدي؛ لكونه استُرضِع له في بني سعد بن بكر.

وقد تكون لولاء الدين والإسلام، مثل: محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي؛ لأن جده المغيرة كان مجوسيًّا فأسلم على يد اليمان بن أخنس الجعفي، فنسب إليه.

وقد تكون النسبة للديوان، بمعنى أنه أدرج اسمه في أحد الدواوين؛ فنسب إلى أصحاب هذا الديوان، وذلك كالإمام الليث بن سعد الفهمي، فنسب إلى فهم؛ لأن اسمه في ديوان مصر في موالي كنانة بن فهم، وأهل بيته يقولون: نحن من الفرس من أهل أصبهان، أي أن أصله من أصبهان، لكنه ينسب إلى فهم؛ لأن اسمه في ديوان فهم[١]. فالنسبة لغير الأصل في الأمثلة السابقة لا يترتب عليها المحذورات الشرعية التي في التبني.

وبناءً عليه وفي واقعة السؤال: فإن الدمج بين أسرتين أو عائلتين إن كان على الوجه الذي يخلط الأنساب، بأن يأخذ آحادهم نسبًا تامًّا يغير من نسبتهم إلى آبائهم الصلبيين وينسبهم إلى غيرهم من أبناء العائلة الأخرى فهو غير جائز شرعًا، وهو من كبائر المحرمات.

وأما إن كان على الوجه الذي يظهر فيه مطلق الانتماء إلى العائلة الأخرى بأن تكون النسبة إليها في آخر اسم الإنسان، بأخذ لقب العائلة الأخرى، دون التدليس بأنه ولد لأحد أفرادها من صلبه؛ فهذا جائز، ولا يدخل في نطاق التبني أو انتساب الرجل إلى غير أبيه المحرمَيْن شرعًا.

والله سبحانه وتعالى أعلم»[٢].

كذلك فإن دار الإفتاء المصرية قد وضعت منهجًا بعدم إصدار أي فتوى مكتوبة في موضوعات نزاعية أو قضائية، إلا بتصريح من المحكمة التي تنظرها؛ حرصًا على ألا تتعارض الفتوى مع أحكام القضاء[٣].

ولعل تاريخ ارتباط الفتوى بالقضاء الذي ذكرناه سابقًا، ونشأة الإفتاء الرسمي مرتبطًا بالقضاء في العصر المملوكي، حتى كان يطلق على المفتي الرسمي مفتي دار العدل، ولما كانت هناك أربع وظائف للإفتاء في دار العدل تمثل المذاهب الفقهية الأربعة كان قاضي قضاة كل مذهب هو الذي يختار مفتي المذهب، ويعرضه على السلطان ليعيّنه[٤]- أقول: لعل هذا الارتباط الشديد بين الوظيفتين يؤكد لنا أهمية التواؤم بينهما؛ إذ بدونه تضطرب الأمور ولا تستقر الأحكام.

---

(١) ينظر: تاريخ دمشق ٥٠/ ٣٤٧، ط. دار الفكر.

(٢) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٤٣/ ٣٤٧- ٣٥٥) المفتي فضيلة الأستاذ الدكتور/ شوقي علام.

(٣) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ٢١٩).

(٤) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٠/ ٢٤، ٢/ ٥٤- ٥٥).

مشروع مقترح لتقنين الفتوى

سبق أن قررنا أن من أهم وظائف الدولة حفظ النظام الاجتماعي من خلال حماية حقوق أفراد المجتمع، وحفظ الأمن والأمان، ووضع السياسات التي تضمن ذلك وتحققه من خلال منظومة القوانين التي تنظمها وتضمن لها تحقيق أهدافها على الوجه الأكمل.

ومن ذلك تنظيم الفتوى وتقنينها.

وهذا ما نادت به دار الإفتاء المصرية في العديد من المحافل بضرورة وضع تقنين للحد من الفتاوى الشاذة التي تنال من أمن المجتمع واستقراره، وقصر الإفتاء على المؤسسات الإفتائية والمجامع الفقهية أو من لديه تصريح أو إذن من المؤهلين لذلك؛ لضبط عملية الإفتاء، وعدم تركها لكل أحد؛ إذ الإفتاء له مؤهلاته الخاصة التي ينبغي أن تتوفر فيمن يتصدى لإفتاء الناس[١].

وقد صدرت عدة تقنينات لتنظيم عمل دار الإفتاء المصرية، منها قرار وزير العدل رقم (٢١٤٧ لسنة ١٩٧٩م) بشأن التقسيمات التنظيمية للأجهزة الإدارية للهيئات القضائية والجهات المعاونة لها، وقراره رقم (١٧٢٦ لسنة ١٩٨٥م) بشأن إعادة تنظيم التقسيمات الإدارية لدار الإفتاء المصرية، والقرار رقم (١٩٢٦ لسنة ١٩٨٥م) باعتماد جداول ترتيب وبطاقات وصف وظائف الجهاز الإداري لدار الإفتاء المصرية، والقرار رقم (١١٤٧ لسنة ٢٠٠٨م) بشأن الاستقلال المالي والإداري لدار الإفتاء المصرية، والقرار رقم (١٩٥١ لسنة ٢٠٠٨م) بإصدار اللائحة الداخلية والهيكل التنظيمي والوظيفي للعاملين بدار الإفتاء المصرية.

وأيضًا قرار رئيس الجمهورية رقم (٣٣٨ لسنة ٢٠٢١م) باعتبار دار الإفتاء المصرية من الجهات ذات الطبيعة الخاصة.

وفي المملكة الأردنية تضمن قانون الإفتاء الأردني الصادر سنة ٢٠٠٦م قصر الإفتاء في القضايا العامة على مجلس الإفتاء والبحوث والدراسات الإسلامية، والمفتي العام للمملكة[٢].

(١) انظر: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (١٦/ ١٩٥).

(٢) راجع ذلك في: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢٢/ ٩١-٩٧).

وكذلك فعلت المملكة العربية السعودية في الأمر الملكي رقم (١٣٨٧٦) الصادر بتاريخ ٢/ ٩/ ١٤٣١هـ بقصر الفتوى على أعضاء هيئة كبار العلماء[1].

والدولة الفلسطينية في القرار رقم (٧ لسنة ٢٠١٢م) بشأن دار الإفتاء الفلسطينية[2].

وفيما يلي مشروع مقترح لتقنين الفتوى حاولنا فيه استيعاب الجوانب التنظيمية للفتوى بما يضمن الحد من فوضى الفتاوى والفتاوى الشاذة التي تنال من أمن المجتمعات واستقرارها، وجاء في (٤٣) مادة.

مشروع قانون تقنين الفتوى:

مادة (١):

الإفتاء وظيفة دينية يقوم خلالها المفتي بالإخبار بحكمٍ شرعيٍّ في واقعة عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام.

مادة (٢):

المفتي هو المخبر بحكمٍ شرعيٍّ في واقعة عن دليل لمن سأل عنه.

مادة (٣):

يشترط في المفتي أن يكون مسلمًا عاقلًا، بالغًا، عدلًا، عالمًا بالأحكام الشرعية وأدلتها وقواعد استنباطها، عارفًا بالواقع وأحوال الناس وأعرافهم.

مادة (٤):

يتم تعيين المفتي من قِبَلِ رئيس الدولة ممن لديهم الأهلية والكفاية للإفتاء.

مادة (٥):

يعاون المفتي مجموعةٌ من أمناء الفتوى المؤهلين.

(١) راجع ذلك في: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢٢/ ٧٥- ٧٨).

(٢) راجع ذلك في: المعلمة المصرية للعلوم الإفتائية (٢٢/ ٨٠- ٨٩).

مادة (٦):

يتولى المفتي تعيين أمناء الفتوى المعاونين له، مع مراعاة الإجراءات المتبعة بالدولة في ذلك.

مادة (٧):

الإفتاء قد يكون من خلال الفتوى الشفوية أو الهاتفية أو المكتوبة أو الإلكترونية أو المرئية.

مادة (٨):

تشمل الفتوى جميع تصرفات العباد بما يشمل علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره وبالدولة التي يعيش فيها، وعلاقة الدولة بغيرها من الدول في زمن السلم والحرب.

مادة (٩):

الفتوى ذات طابع خاص يتعلق بالمستفتي وحده بحسب أحواله وظروفه وملابساته.

مادة (١٠):

يلتزم المفتون والمؤسسات الإفتائية بكتمان أسرار المستفتين وعدم إفشائها إلا بقدر الضرورة وبالضوابط القانونية والأخلاقية.

مادة (١١):

يلتزم المفتي بصياغة الفتوى وتوصيلها للمستفتي بلغة مناسبة ولائقة وواضحة، مع مراعاة الضوابط العلمية في ذلك.

مادة (١٢):

الفتوى الصحيحة هي التي تجمع بين رعاية النصوص الشرعية، ومقاصد الشريعة، وقواعدها العامة، وتحقيق المصالح المعتبرة، ومراعاة أحوال الناس وظروفهم وبيئاتهم.

مادة (١٣):

تلتزم المؤسسة الإفتائية بدراسة ما يُحال إليها من السلطة التشريعية بالدولة من مشروعات القوانين، وإبداء الرأي حول مدى موافقتها للشريعة الإسلامية.

مادة (١٤):

تلتزم المؤسسة الإفتائية بدراسة ما يُحال إليها من الجهات القضائية أو غيرها من مؤسسات الدولة، وإبداء الرأي الشرعي فيه.

مادة (١٥):

يلتزم المفتي بسرعة إصدار الفتاوى العامة وتيسير الاطلاع عليها عبر وسائل الإعلام المختلفة بما لا يخل بالقوانين والأنظمة.

مادة (١٦):

تلتزم المؤسسة الإفتائية بمتابعة القضايا العامة التي تشغل الرأي العام، وتصدر البيانات بشأنها حسمًا للخلاف وقطعًا للبلبلة والاختلاف حولها.

مادة (١٧):

يراعى في الفتوى أن تتفق مع منهج المؤسسة الإفتائية العام.

مادة (١٨):

يجب على المؤسسات الإفتائية أن تلتزم بقرارات المجامع الفقهية المعتبرة وبقوانين الدولة.

مادة (١٩):

تتولى المؤسسة الإفتائية إصدار اللوائح الداخلية الخاصة بها، وتقوم بعرضها على السلطات المختصة بالدولة لإصدار قانون بها.

مادة (٢٠):

يراعى في الفتوى ألا تؤدي إلى التناقض بين مؤسسات الدولة مما يحدث البلبلة ويشيع الفوضى.

مادة (٢١):

يراعى في الفتوى عدم التجريح للأشخاص الحقيقيين أو الاعتباريين أو الهيئات والمؤسسات والدول.

مادة (٢٢):

لا يجوز للمفتي أن يفتي في مسألة منظورة أمام القضاء إلا بطلب منه.

مادة (٢٣):

لا يجوز للمفتي أن يفتي في مسألة صدر فيها حكم قضائي نهائي بخلاف الحكم الصادر فيها.

مادة (٢٤):

لا تتقيد المؤسسة الإفتائية برأي مذهب فقهي بعينه، بل تأخذ من جميع المذاهب الإسلامية والآراء الفقهية ما يكون أصلح وأنسب وأكثر تحقيقًا للمصلحة ولمقاصد الشريعة، ما دام لا يصادم نصًّا من نصوص الشريعة أو قاعدةً من قواعدها المقررة أو مبدأً من مبادئها.

مادة (٢٥):

على المفتي أن يستعين بمن يراه من أهل الخبرة في العلوم المساندة للإفتاء، كالاجتماع والطب والاقتصاد والسياسة والإدارة وغيرها.

مادة (٢٦):

يقصر الإفتاء في الأمور ذات الشأن العام، وما يتعلق بأمور الدولة الاقتصادية والسياسية، وما يتعلق بانعقاد الزواج ووقوع الفرقة منه على المؤسسات الإفتائية الرسمية.

مادة (٢٧):

الإفتاء في مسائل العبادات مما يتعلق بالشأن العام يكون قاصرًا على المؤسسات الإفتائية الرسمية المنوط بها ذلك.

مادة (٢٨):

مع مراعاة أحكام المواد (١٧، ١٨، ٢٠، ٢١، ٢٤) يجوز الإفتاء في الأمور غير ذات الشأن العام لغير المؤسسات الإفتائية من المرخص لهم بالإفتاء.

مادة (٢٩):

مع مراعاة حكم المادة (٢٦) يمنع إفتاء الأشخاص غير المرخص لهم، ويستثنى من ذلك الإفتاء في المسائل الشخصية كالعبادات ونحوها مما لا يتعلق بالشأن العام؛ فيجوز للمؤهلين المتخصصين من غير المرخص لهم الإفتاء فيها، مع مراعاة الأصول المرعية في الفتوى.

مادة (٣٠):

يزول الترخيص بالإفتاء عمن تثبت إدانته بجريمة مخلة بالشرف أو الإضرار بالأمن القومي أو العالمي.

مادة (٣١):

يمنع الإفتاء نهائيًّا بغير علم ومن غير المتخصصين المؤهلين من الجهات المعتبرة في الدولة.

مادة (٣٢):

تتم مساءلة من يقوم بالإفتاء من غير المرخص لهم وفي غير المرخص لهم فيه قانونيًّا، وخاصةً إذا تعلق الأمر بالفتوى في الأمور ذات الشأن العام أو بالفتاوى الشاذة والبعيدة عن الأصول المرعية في الفتوى.

مادة (٣٣):

مع مراعاة حكم المادة (٣٢) يعاقب من يقوم بالإفتاء من غير المرخص لهم وفي غير المرخص لهم فيه إذا تكرر منه ذلك بالحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، وغرامة لا تزيد عن عشرين ألف جنيه.

مادة (٣٤):

يحظر على أي شخص أو جهة الطعن أو التشكيك في الفتاوى الصادرة عن المؤسسة الإفتائية بغرض الإساءة والتجريح، ويجوز تقديم دراسات نقدية حولها مع اتباع المناهج العلمية المقررة، ومع مراعاة آداب البحث العلمي.

مادة (٣٥):

الفتوى الشاذة هي الفتوى التي تخالف ضوابط الفتوى الصحيحة، أو تخالف النظام العام والمشترك الأخلاقي، أو تدعو إلى هدم المجتمع وتنال من أمنه واستقراره، أو تحض على الكراهية والعنف.

مادة (٣٦):

يتم توثيق جميع الفتاوى الصادرة عن المؤسسة الإفتائية بالطرق المناسبة.

مادة (٣٧):

تعمل المؤسسة الإفتائية على إكساب العاملين بها المهارات اللازمة للإفتاء ورفع كفاءتهم باستمرار لمواجهة التحديات الجديدة.

مادة (٣٨):

تقوم المؤسسة الإفتائية بتأهيل وتدريب أجيال جديدة من المفتين وأمناء الفتوى، وتتخذ لتحقيق ذلك الوسائل المناسبة.

مادة (٣٩):

تقوم المؤسسة الإفتائية بالتعاون مع المجامع الفقهية والمؤسسات الإفتائية في العالم بما يخدم تحقيق أهدافها، ويحقق السلم والأمن العالمي.

مادة (٤٠):

تستثمر المؤسسة الإفتائية التحول الرقمي العالمي على جميع المستويات لتقديم خدمة إفتائية أفضل وأكثر شمولًا.

مادة (٤١):

يحق للمؤسسة الإفتائية إنشاء فروع لها بسائر مناطق الدولة ومحافظاتها بالتنسيق مع السلطات المختصة تيسيرًا على المستفتين، ويُعيِّن المفتي وكلاءَ له في فروع المؤسسة الإفتائية.

مادة (٤٢):

تطبق على جميع فروع المؤسسة الإفتائية نفس القوانين واللوائح التي تسري على المؤسسة الإفتائية.

مادة (٤٣):

يرفع المفتي تقريرًا سنويًّا عن نشاط المؤسسة الإفتائية للوزارة المعنية أو رئاسة الوزراء.

* * *

خاتمة الدراسة

وبعد؛ فيمكن استخلاص ما انتهت إليه الدراسة في النتائج التالية:

أولًا: أن الإفتاء إخبار بحكم شرعي في واقعة عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام.

ثانيًا: أن الفتوى لها شأن عظيم وخطير في الإسلام، والمفتي مخبر وموقع عن الله تعالى.

ثالثًا: أن الإفتاء الجماعي مشروع، وموجود منذ عصر الخلفاء الراشدين.

رابعًا: أن الإفتاء الجماعي ضرورة من ضرورات العصر، وهو يمثل صورة من صور الإجماع المتاحة.

خامسًا: أن الإفتاء الجماعي يعمل على توحيد الأمة وتقليل رقعة الخلاف بينها ويحد من فوضى الإفتاء.

سادسًا: أن المقصود بتقنين الفقه الإسلامي هو جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بسائر أنواع المعاملات من المذاهب الفقهية، وتبويبها وترتيبها بحسب أقسام القانون الحديث، وصياغتها في مواد قانونية مسلسلة، وإصدارها من قبل الدولة في صورة قانون ملزم، وواجب التطبيق لدى السلطات القضائية.

سابعًا: يتسع نطاق التقنين ليشمل جميع أبواب الفقه، عدا العبادات.

ثامنًا: أن الأولى في التقنين أن يعتمد أساسًا على المذهب السائد في البلد، ثم يأخذ من جميع المذاهب والآراء الفقهية ما يراه أنسب وأكثر تحقيقًا للمصلحة.

تاسعًا: تقنين الفقه الإسلامي أصبح ضرورةً تدعو إليها حياة المجتمعات الإسلامية، بما اكتنفها من تغيرات جوهرية عن العصور الأولى للإسلام.

عاشرًا: هناك العديد من المبررات لتقنين الفقه الإسلامي؛ فلابد منه لتطبيق الشريعة، كما أنه يعمل على إشراف الدولة على حسن تطبيق أحكام الشريعة، وتوحيد الأحكام القضائية في الدولة، ومعاونة القضاة والتيسير عليهم، وصون القضاة عن أية تأثيرات شخصية أو خارجية، وتمكين المجتمع من الاطلاع على الأحكام المقننة ومعرفتها، والإعانة على دراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة.

حادي عشر: أن قضية التقنين والحاجة إليها ليست وليدة العصر الحديث، وإنما هي قديمة جدًّا؛ حيث ترجع إلى القرن الثاني الهجري، وما سيادة بعض المذاهب الفقهية في بعض البلدان والنواحي

إلا صورة من صور التقنين العرفي.

ثاني عشر: أن المراد بولي الأمر في غالب إطلاق الفقهاء هو الحاكم وصاحب السلطة العليا في الدولة.

ثالث عشر: تجب طاعة ولي الأمر على الرعية ما لم يأمر بأَمْرٍ يخالف حكمًا شرعيًّا متفقًا عليه قطعي الثبوت قطعي الدلالة.

رابع عشر: لولي الأمر أن يتخير في الأمور الاجتهادية ما يراه محققًا للمصلحة، وأن يلزم من هم في رعايته بذلك؛ بحيث يكون إلزام ولي الأمر رافعًا للخلاف في المسألة.

خامس عشر: أن هناك ضوابط لرفع ولي الأمر للخلاف، أهمها أن يكون الخلاف معتبرًا سائغًا، حتى وإن اختار ولي الأمر القول المرجوح أو الأضعف، ولابد أن يكون مبنيًّا على علم وفقه من خلال العلماء ذوي النظر والاجتهاد، ولا ينكر تغيُّر اختياره ما دام مبنيًّا على المصلحة والنظر الفقهي.

سادس عشر: أن تقييد المباح هو ترجيح أحد طرفي المباح على سبيل الإلزام أو الندب بقيد شرعي، أو بنظر فقهي لمصلحة معتبرة.

سابع عشر: لولي الأمر أن يقيِّد المباح بالإلزام به أو حظره، حسب ما يراه من مصلحة معتبرة في ذلك، وبمراعاة مجموعة من الضوابط.

ثامن عشر: أن هناك مجموعةً من الضوابط لابد منها لجواز تقييد المباح من قبل ولي الأمر، فلابد أن يكون المباح قابلًا للتقييد، وأن يكون مؤقتًا إذا كان مما نص الشارع على إباحته، وألا يتعارض مع الأدلة والقواعد الشرعية، وأن يهدف لتحقيق مقصد شرعي، وألا يؤدي إلى ضرر أو إلى محرم، وألا يُمنع جنسُ المباح، وأن يتولى تقييد المباح من هو أهل له.

تاسع عشر: يعتمد تقنين الفقه الإسلامي على القول بسلطة ولي الأمر في تقييد المباح، وسلطته في رفع الخلاف.

عشرون: كل ما أثير حول تقنين الفقه الإسلامي من شبهات مردود عليها ولا تصمد أمام القول بجواز التقنين، بل بوجوبه ولزومه لما يحققه من حفاظ على أحكام الشريعة، ومواكبة التطور القانوني الحديث، والوقوف ضد تيارات التغريب التي تتكئ على عدم تقنين الشريعة.

واحد وعشرون: ليس في التقنين جمود، بل إنه يعمل على تنشيط الحركة الفقهية، وشحذ همم الفقهاء والمتخصصين لتقديم البحوث والدراسات النقدية حوله.

ثانٍ وعشرون: أن عدم تطرق التقنين للتعريفات والتفصيلات ليس نقصًا، بل يجعل للتقنين بما يشتمل عليه من أحكامٍ عامةٍ ومبادئَ كليةٍ مرونةً وسعةً وتجدُّدًا في فهم النصوص لإدخال المستجدات تحتها.

ثالث وعشرون: أن تقنين الفقه الإسلامي إذا أُعِدَّ كما ينبغي فإنه يكون فتحًا عظيمًا في تاريخ الفقه؛ لأنه عملية اجتهادية تقوم على الاجتهاد الانتقائي مراعيةً العصر والبيئة والظروف والملابسات، كما أنه يترك مساحةً للقاضي لتحقيق مناط الأحكام على الوقائع، والاجتهاد في المسائل المستجدة غير المنصوص عليها.

رابع وعشرون: أنه لابد من صياغة التقنين صياغةً خاصَّةً بتبويبه تبويبًا منطقيًّا متماسكًا، مع تقليل الإحالة، وتجنب التناقض والتكرار، والخوض في التفصيلات والجزئيات، وتجنب ذكر أسباب اختيار الحكم، أو إيراد الدليل على صحته، أو إيراد أمثلة تطبيقية عليه، مع استعمال العبارات المناسبة للحكم، واللغة الواضحة الدقيقة.

خامس وعشرون: أن التقنين المصري في مجمله لا يختلف عن مقررات الشريعة الإسلامية، التي ينص الدستور المصري على أن مبادئها هي المصدر الرئيسي للتشريع.

سادس وعشرون: أن القضاء إظهار حكم الشرع ممن له ولاية ذلك والإلزام به.

سابع وعشرون: أن القضاء والإفتاء صنوان، يتفقان في أشياء، ويفترقان في أشياء.

ثامن وعشرون: أن الفتوى قد تكون ملزمةً في بعض الحالات.

تاسع وعشرون: أن إفتاء القاضي فيما يدخل في مجال القضاء مكروه، وإن لم تكن هناك خصومةٌ فيه.

ثلاثون: أن على ولي الأمر تحديد وتعيين من يقوم بالإفتاء ممن فيهم الكفاية بحسب حاجات المجتمع.

واحد وثلاثون: أن لولي الأمر إذا وجد أن المفتي ليس أهلًا للإفتاء أن يعزله ويحجر عليه.

ثانٍ وثلاثون: أن للتقنين دورًا مهمًّا في تشريعات تقنين الإفتاء والحد من فوضى الفتاوى وانتشار الفتاوى الشاذة التي تنال من أمن المجتمع واستقراره.

ثالث وثلاثون: للمؤسسات الإفتائية دور كبير في دعم سيادة القانون واحترامه.

رابع وثلاثون: الفتوى لا تصدر بمعزل عن مجتمعها بظروفه وأحواله وزمانه ومكانه.

خامس وثلاثون: أن مخالفة القانون في الفتوى يترتب عليها من المفاسد ما لا يقارن بأية مصالح مرجوة منها.

سادس وثلاثون: للاختيار الإفتائي القويم المتوائم والداعم لسيادة القانون منهج واضح يلزم اتباعه.

سابع وثلاثون: من الأدوار المهمة للمؤسسات الإفتائية القيام بالتأصيل الشرعي للقوانين وبيان مدى موافقتها للشريعة الإسلامية ومذاهبها الفقهية.

ثامن وثلاثون: كانت دار الإفتاء المصرية ولا تزال سبَّاقةً في مجال التأصيل الشرعي لما يصدر من تقنينات.

تاسع وثلاثون: تؤدي المؤسسات الإفتائية دورًا مهمًّا وبارزًا في عملية الإصلاح التشريعي.

أربعون: للمؤسسات الإفتائية دور كبير في معاونة القضاء والتشريع من خلال بيان الرأي الشرعي حال طلبه من الجهات القضائية أو التشريعية.

واحد وأربعون: لدار الإفتاء المصرية دورٌ بارزٌ في تقديم المشورة وإرشاد المقنن والقاضي إلى الحكم الشرعي المناسب والمحقق للمصلحة بحسب الواقع ومعطياته.

ثانٍ وأربعون: أنه ليس للمفتي أن يفتي في الواقعة التي صدر فيها حكم قضائي بما يخالف هذا الحكم، حتى وإن كان للمفتي اجتهاد يخالف فيه ما انتهى إليه الحكم القضائي.

ثالث وأربعون: أن دار الإفتاء المصرية كانت دائمًا ملتزمةً بكل ما تقرره التقنينات المصرية.

رابع وأربعون: أن الفتوى لا يمكنها أن تتجاوز القانون وتسير في اتجاه مضاد له.

خامس وأربعون: التواؤم بين الفتوى والقضاء ضرورة لقيام الدولة بمعناها الحقيقي.

سادس وأربعون: حكم الحاكم لا يحلُّ حرامًا، ولا يحرِّمُ حلالًا على مَنْ علمه في باطن الأمر.

سابع وأربعون: راعت الهيئات القضائية احتمالية عدم إصابة وجه الحق في القضاء بفتح باب الطعن على الأحكام.

ثامن وأربعون: أن هناك تنسيقًا وتعاونًا وتكاملًا بين الجهات القضائية في الدولة المصرية وبين دار الإفتاء المصرية من جهة، وبين المؤسسات الدينية بالدولة وبعضها من جهة أخرى؛ مما من شأنه المواءمة بين مؤسسات الدولة وتحقيق الاستقرار والتقدم المنشود.

تاسع وأربعون: أن الأمانة العامة لدور وهيئات الإفتاء في العالم تطرح مشروعًا لقانون تقنين الفتوى؛ لضمان قيام المؤسسات الإفتائية بالدور المنوط بها خير قيام، والحد من فوضى الفتاوى والفتاوى الشاذة التي تنال من أمن المجتمعات واستقرارها.

* * *